LA TEORIA

DELLA

COMPENSAZIONE

SECONDO

IL DIRITTO CIVILE ITALIANO

DELL' AVVOCATO

ENRICO GALLUPPI

DOCENTE NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ROMA

COI TIPI DI LUDOVICO CECCHINI

1879.

LA TEORIA

DELLA

COMPENSAZIONE

SECONDO

IL DIRITTO CIVILE ITALIANO

DELL' AVVOCATO

ENRICO GALLUPPI

DOCENTE NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ROMA

COI TIPI DI LUDOVICO CECCHINI

1879.

INDICE

INTRODUZIONE

NATURA DELLA COMPENSAZIONE (*)

SOMMARIO.

1. Definizione della compensazione data dai giureconsulti romani. — Sua confutazione.

2. Definizione della compensazione secondo il codice civile italiano — Essa è incompleta. — Si rigetta.

3. Si espongono alcune definizioni date da scrittori moderni, le quali ne esprimono esattamente il concetto.

4. Vantaggi pratici che derivano dalla compensazione. — Fondamento della compensazione. — Essa mira ad evitare un inutile circolo.

5. La compensazione provvede inoltre che la posizione delle parti non sia resa disuguale. — Essa è anche un mezzo acconcio per evitare liti lunghe e dispendiose.

6. Rapporti fra compensazione e *pagamento*. — Si confuta l'opinione di coloro che equiparano questi due instituti — La compensazione non è un surrogato del pagamento.

7. Si spiega la ragione per cui nelle leggi romane si trova equiparata la compensazione al pagamento. — Affinità esistente fra questi due instituti giuridici.

8. Secondo il nostro codice civile la compensazione ed il pagamento sono due instituti profondamente distinti.

9. Effetti derivanti dalla diversità fra compensazione e pagamento.

10. Rapporti fra compensazione e *diritto di ritenzione*. — Ambedue si accordano nello stesso concetto. — Si determina il carattere giuridico del diritto di ritenzione.

11. Si espongono gli effetti diversi che derivano dall'uno e dall'altro instituto. — Il diritto di ritenzione è un mezzo *dilatorio*, la compensazione è un mezzo *perentorio*.

12. Casi in cui il diritto di ritenzione si trasforma in compensazione.

13. Diverse specie di compensazione. — Transizione.

(*) La voce *compensatio* non fu adoperata dai giureconsulti dell'epoca repubblicana di Roma. Troviamo adoperata invece la parola *computare* per esprimere il saldo nei debiti reciproci risultanti da scrittura. « Disputatio et *com-*

1. Il giureconsulto Modestino nella l. 1. Dig. *De compensationibus* ha voluto dare una definizione della compensazione dicendo: *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.* Questa definizione, che venne generalmente adottata dagli antichi scrittori, e da taluni di essi anche lodata siccome perfetta (1), è stata criticata come incompleta da alcuni scrittori recenti e non senza ragione. Essa,

putatio cum praepositione a *putando*, quod valet *purum facere*. Ideo antiqui purum *putum* appellarunt; ideo *putator*, quod arbores puras facit; ideo *ratio putari*, dicitur in qua summa sit pura » (*Varro, De Lingua Latina* VI, 63). Si diceva quindi *ratio computari* nel senso di semplificare un conto eliminandone quelle partite che non avessero ragione di esservi comprese. — La voce *compensare*, adoperata nel significato di estinzione di un credito, mediante la opposizione di un altro credito, apparisce dopo l'epoca Imperiale di Roma. A quanto ci riferisce Ulpiano nella l. 13 Dig. *De compensationibus*, sembra che il primo ad adoperare la voce *compensatio* in questo senso sia stato Labeone; dopo di lui essa è divenuta di generale applicazione. Intorno alla origine della voce *compensatio*, ecco come scrive il Dernburg, *Geschichte und. Theorie der Compensation nach römischen und neurem Rechte mit besonderer Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebund* (2. edizione Heidelberg 1868): « Gli antichi storici del diritto cercarono nell'espressione un rapporto col pagamento. È noto che negli antichissimi tempi di Roma il pagamento avveniva col pesare pezzi di metallo, la qual cosa trovò anche più tardi una reminiscenza negli atti giuridici *per aes et libram*. Si ammise quindi che *pensare* abbia il significato di pagare, e *compensare* indichi il reciproco pagamento mediante compensazione. Su questo si è cercato di fondare il principio dogmatico che la compensazione deve considerarsi come una specie di pagamento. — In realtà il linguaggio giuridico in questo caso si serve di un'imagine che per solito si presenta anche nella vita ordinaria. Come due oggetti che son collocati in due piatti della stessa bilancia rimangono in billico e si distrugge il loro peso, così l'espressione *compensare* si applica per la distruzione dell'efficacia di una cosa per la potenza di un'altra che le viene contrapposta. Già Catone deve aver usato la parola in questo senso. Si fa menzione di una sentenza profferita da lui *pedibus pecuniam compensari* (citata da Cicerone, *Pro Plancio* cap. XX § 72). Cicerone applica spesso l'espressione in senso figurato. Egli dice che la gioia e l'affanno nella vita le offese ed i favori, gli sforzi e la gloria, i guadagni e le perdite si compensano. (Cic. *Tusc.* V, 33, 95; *De natura Deor.* I. 9, 23; *De officiis* II. 19. 68 in fine; *De oratore* III. 4. 14; *De finibus* II. 30 in f.; *De senectute* c. 11; *In Pisonem* 3 , 75). Il medesimo quadro si formano in questo caso i giureconsulti. — Tuttavia il significato giuridico della voce *compensatio* non è limitato all'estinzione dei contro crediti della stessa specie mediante compensazione, piuttosto la sua applicazione in diritto è molteplice. Talvolta si usa questa espressione per far rilevare che atti i quali avessero di per sè importanza giuridica, perdono la loro efficacia mediante atti corrispondenti (L. 57 § 3 D. *De contr. emt.*; L. 39 D. *Sol. matr.*; l. 3 § 3 D. *de eo per quem fact.*) Così si compensa il dolo reciproco e la negligenza mutua. » (Op. cit. § 4 pag. 10 e 11).

(1) Il Bersano nel suo *Tractatus de Compensationibus* (Mediolani 1691), che del resto mi sembra abbastanza pregevole, nell'esaminare la definizione data da Modestino scriveva: « *Quae*

come egregiamente nota il Larombière, indica piuttosto il modo come opera la compensazione, il risultato dell'operazione, di quello che ne determini, con una definizione esatta, le cause e gli effetti (1). Egli è appunto per questa imperfezione che Noodt, pur accettando la definizione di Modestino, si studiò di renderla più perfetta spiegandone a suo modo il contenuto e purtroppo senza ottenere il risultato che esso ne sperava. « Nec dubito, scrive il Noodt, quin Modestinus contributionem dicat pro confusione, seu mixtione ex mutua solutione profluente . . . . Sit igitur compensatio, *mutua solutio*, iuris interpretatione quasi per brevem manum facta. » (2)

La imperfezione di questa definizione di Modestino, che fu pure accettata senza benefizio d'inventario dagli scrittori dei secoli XVII e XVIII, è stata egregiamente dimostrata da recenti scrittori, i quali si sono specialmente occupati di questa difficile ed intricata materia (3). Osserva un dotto scrittore francese che il giureconsulto romano, nella sua definizione, esamina la compensazione unicamente sotto uno dei suoi aspetti, trascurando l'altro aspetto, che

quidem definitio veram explicat compensationis essentiam et constat omnibus definitionis requisitis. Genus enim est contributio: *differentia vero* debiti et crediti invicem inter se. *Convertitur etiam cum suo definito; nam valet dicere* est debiti et crediti invicem inter se contributio *ergo est compensatio.* Cap. I n. 10 e segg. Tuttavia pare a me che il BERSANO, assuefatto alle scolastiche vacuità dell'epoca sua, giustifichi questa definizione con gratuite asserzioni, che nessun pregio aggiungono alla definizione di Modestino.

(1) *Théorie et pratique des Obligations* (nouvelle Edition Bruxelles 1862) Tom. II p. 357 sull'art. 1289 n. 1.

(2) Opera omnia (Napoli 1786) Tom. IV pag. 38 Ad tit. De compensationibus.

(3) Che la materia della compensazione sia molto difficile e sottile hanno già fatto rilevare TYNDARUS, *Tractatus de compensationibus*; MYSINGERUS *in* § *in bonae fidei* Inst. *De actionibus* n. 13; BERSANO *De compensationibus* Cap. I n. 2 e segg. pag. 2.

costituisce il suo elemento essenziale (1). E per vero Modestino accenna alla contribuzione del debito e del credito fra loro, che è il risultato dell'operazione, ma dimentica nello stesso tempo questo elemento essenziale: che cioè affinchè possa verificarsi questa contribuzione, ossia questa elisione reciproca del debito e del credito posto l'uno a fronte dell'altro, è necessario supporre che vi sia dall'altra parte una persona, la quale sia in pari tempo debitrice e creditrice della prima. È a questo solo patto che può verificarsi quella *contributio* di cui parla Modestino e che ha luogo fra due obbligazioni, per le quali due persone sono reciprocamente tenute l'una verso dell'altra. L'aver dimenticato di inserire nella pretesa definizione della compensazione questo elemento essenziale, l'aver considerato la natura della compensazione sotto un solo dei suoi aspetti, fa sì che quella definizione possa applicarsi anche ad operazioni del tutto diverse dalla compensazione. Questo inconveniente è il risultato naturale della mancanza di precisione nella definizione di qualsivoglia instituto giuridico. Il Desjardins ha fatto molto bene risaltare gli equivoci a cui può dar luogo la definizione di Modestino: se un debitore, dice egli, dà in pagamento al suo creditore un credito che egli ha verso un terzo, non può forse dirsi che la cessione ha per risultato un pareggiamento fra un credito ed un debito, una *crediti et debiti inter se contributio?* Eppure tutto ciò ha nulla da fare con la compensazione.

2. Dopo ciò che io sono venuto dicendo è chiaro che non può davvero accettarsi la definizione della compensazione data da Modestino e che dobbiamo ricorrere ad

(1) Desjardins, *De la compensation et des demandes reconventionelles dans le droit romain et dans le droit français.* (Paris 1864) pag. 1.

una definizione più completa, nella quale siano compresi tutti gli elementi essenziali che costituiscono questo instituto giuridico.

Il codice civile italiano, dimenticando quell'adagio forense, *omnis definitio in jure periculosa*, ha voluto ancor esso, traducendo alla lettera l'art. 1289 del codice civile francese, darci una definizione della compensazione nell'art. 1285. « Quando due sono debitori l'uno verso l'altro, ha luogo tra essi una compensazione che estingue i due debiti nel modo e nei casi seguenti. » Senza dubbio questa definizione, che porgono, colle stesse parole, ambedue i codici francese ed italiano, è migliore di quella data da Modestino; imperocchè essa presta meno il fianco agli equivoci e racchiude, almeno in germe, i due elementi dai quali il nostro instituto risulta; ma neppure di essa possiamo dire che ci porga un completo concetto della compensazione. Perchè una definizione possa dirsi esatta e perfetta deve contenere l'enunciazione di tutti i requisiti essenziali, l'insieme dei quali compone un instituto giuridico; ora la pretesa definizione portaci dal codice nostro molti di questi requisiti omette, come chiaramente risulta dalle stesse parole, che il legislatore aggiunge infine dell'art 1285 « nel modo e nei casi seguenti ». Piuttostochè darci adunque una definizione incompleta, il legislatore avrebbe fatto molto meglio ad ometterla del tutto, lasciando alla scienza il compito di definirla.

3. I moderni scrittori, non soddisfatti di queste definizioni lasciateci dal giureconsulto romano e molto meno di quelle sancite imprudentemente dalle legislazioni moderne, si sono posti all'opera affine di formularne una che meglio rispondesse alla vera essenza dell'instituto e può dirsi che in generale abbiano raggiunto lo scopo. Prima però di esporre quelle che meglio disegnano i con-

torni e la natura della compensazione, non posso dispensarmi dal notare come la definizione che Dernburg dà della compensazione sia ben lontana da quella precisione, che si ha senza dubbio il diritto di esigere da uno scrittore il quale vuole esporre tutto intero l'organismo di un instituto giuridico. Non che io voglia con questo far credere che la monografia del Dernburg debba esser tenuta in poco conto; che anzi vi si riscontra tanta profondità di dottrina e conoscenza della materia da renderla un'opera pregevolissima e molto più stimabile di tutte quelle che in Germania sono finora apparse sullo stesso argomento.

Solo ho voluto dire che arreca non poca sorpresa il vedere come uno scrittore, che prende a trattare un argomento speciale, trascuri di fornire ai lettori il concetto preciso di quell'instituto che esso ha preso a sviluppare. Or ecco come Dernburg pretende di definire la compensazione: « la estinzione di un credito mediante il compenso di un debito della stessa specie che gli si contrappone (1). » Basta leggere questa definizione per accorgersi come essa, eccettuata una piccola variante, riproduca la stessa definizione di Modestino; epperciò essa va soggetta a quegli stessi rimproveri ed a quelle stesse critiche colle quali fu attaccata la definizione del giureconsulto romano. Senza dire che questa definizione del Dernburg pecca contro una delle regole più elementari di ogni buona definizione, la quale esige che la definizione non si abbia ad esprimere mediante il definito.

Parmi invece migliore e molto esatta la definizione che ne diede recentemente Schultze colle parole seguenti: « La compensazione indica la estinzione di un diritto di

(1) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 1. pag. 1.

credito mediante un controcredito del debitore verso il creditore, di guisa che quest'ultimo invece di ricevere, ciò che egli deve esigere, rimane liberato da un debito corrispondente. » (1) Se non che questa definizione, sebbene esattamente riproduca il concetto, è superata da altre in chiarezza ed in perfezione e, potendo fare una scelta, mi parrebbe più accettabile la definizione data da Zachariae, secondo il quale: « La compensazione è l'estinzione totale o parziale di due obbligazioni, che si saldano reciprocamente fino alla concorrenza delle loro quote rispettive, per la circostanza che il creditore ed il debitore dell'una trovansi nello stesso tempo debitore e creditore dell'altra. » (2)

4. Esposta la definizione della compensazione, dobbiamo esaminare i vantaggi pratici che dalla medesima derivano e che costituiscono la ragione intrinseca per cui questo instituto è sorto ed il fondamento sul quale il medesimo si regge.

Il concetto che serve di fondamento alla compensazione non ha nulla di straordinario, anzi, come nota Larombiére, non vi ha nulla di più semplice e di più naturale di questo modo di estinzione delle obbligazioni. Per essa si evita il vizioso circolo di due pagamenti che reciprocamente dovrebbero farsi fra le due persone che sono nello stesso tempo debitrice e creditrice l'una dell'altra.

(1) Holtzendorff, *Rechtslexicon* *V.° Compensation* n. 389 pagina 307.

(2) *Corso di diritto civile francese* § 325. — Quasi colle stesse parole di *Zachariae*, definisce la compensazione Larombière (op. cit. pag. 357): « La compensazione è l'estinzione totale o parziale di due debiti fino a concorrenza delle loro quantità rispettive, la quale si opera di pien diritto, dall'istante in cui questi due debiti si trovano a coesistere, essendo il debitore ed il creditore dell'uno nello stesso tempo creditore e debitore dell'altro. »

Se io sono debitore verso Tizio di una certa somma, e Tizio è a sua volta debitore della medesima somma verso di me, non vi è alcuna utilità di costringere me e Tizio ad effettuare due diversi pagamenti separatamente, val meglio in questo caso che ciascuno ritenga la somma della quale è nello stesso tempo debitore e creditore della stessa persona. Eppure se si consideri quest'ufficio, che compie la compensazione, dal solo punto di vista della natura del diritto di credito, senza aver riguardo allo scopo economico che questo instituto ha di mira, la compensazione non potrebbe giustificarsi davvero. Perocchè un diritto di credito per sua natura suppone senz'altro il diritto di costringere il debitore all'adempimento della prestazione che forma oggetto del credito stesso; la compensazione invece mira appunto ad evitare questo adempimento della obbligazione. Ed è appunto perchè l'antico diritto partiva da un punto di vista così angusto, senza aver riguardo allo scopo economico, che esso negò di ammettere l'instituto della compensazione. Questa pertinacia dell'antico diritto nell'escludere la compensazione è una conseguenza naturale di quella ferrea rigidità, di quel rigoroso formalismo di cui era improntato l'antico diritto romano. Nel periodo del suo sviluppo il diritto romano, non solo per questo, ma ancora per instituti di diversa natura, ha assoggettato le considerazioni di utilità all'interesse della forma giuridica, ha subordinato lo scopo economico alla logica dell'instituto giuridico. Che importava se il duplice pagamento rendeva più lente le contrattazioni e meno sicure? Ciò corrispondeva all'ordinamento stabilito, alle norme che regolavano il diritto di credito e non doveva cercarsi altra cosa (1).

(1) Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation* § 1. pag. 1 e 2.

Se non che mano mano che i costumi s'ingentiliscono, che l'assetto del civile ordinamento si rende più stabile, anche il diritto si viene spogliando di quel ferreo rigore, del quale sembrava prima andare quasi superbo; la forma comincia a cedere il posto alla utilità; il formalismo si piega poco a poco verso l'interesse. Ciò accadde di quasi tutti gl'instituti giuridici, ciò si è verificato anche, ed anzi in modo molto più evidente, rispetto alla compensazione. Si comprese che incaponirsi a rispettare una vacua formola di diritto non aveva per risultato che il danno delle contrattazioni. Si vide esser cosa non solo inutile, ma assai pregiudizievole, obbligare le parti ad un effettivo pagamento e ad un reale rimborso di debiti e di crediti reciproci della stessa specie; imperocchè lo scopo delle parti era egualmente soddisfatto e meglio coll'ammettere la compensazione dei loro crediti. Era questo concetto dell'utilità che faceva dire a Pomponio: *ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere* (1). Se alla costruzione giuridica ripugnava che venisse evitata la materiale esecuzione della obbligazione, la utilità però, che si presentava sotto forma di equità, consigliava che quell'inutile circolo si evitasse: *aequitas merum jus compensationis introduxit* (2).

5. Nè i vantaggi che derivano dalla compensazione si limitano ad evitare un inutile, lungo e dispendioso circuito, ma vi hanno ancora altri vantaggi che hanno dovuto farla introdurre nel novero degli instituti giuridici. Infatti, ammesso che uno dei due debitori potesse esigere il pagamento del suo credito, senza poter esser costretto a pagare a sua volta nello stesso tempo il debito che egli

(1) L. 3 Dig. *De compensationibus.*
(2) L. 36 Dig. *De admin. tutor.*

ha verso l'altro debitore, è chiaro che la condizione delle parti sarebbe disuguale; disuguaglianza questa che potrebbe divenire molto dannosa per quello dei debitori che avesse pagato senza ricevere dall'altro ciò che gli è dovuto. Per vero potrebbe l'altro debitore cadere in istato di insolvenza e defraudare in tal guisa l'altra parte, il cui credito, per effetto della insolvibilità, diverrebbe irrealizzabile, mentre l'altro avrebbe già conseguito il rimborso del suo credito. Ad assicurare quindi l'eguaglianza delle due parti provvede la compensazione per la quale si estinguono i due crediti che reciprocamente si oppongono (1).

È pertanto un motivo altamente *morale* quello che, oltre alle considerazioni di utilità, giustifica e rende necessaria la compensazione. Questo motivo fu ben compreso dai giureconsulti romani e venne in modo così preciso formulato da Paolo quando diceva: *Dolo facit qui petit quod redditurus est.* (2) Ciascun debitore è tenuto a pagare puntualmente e prontamente il suo debito; ma una delle parti non può esigere dall'altra ciò che essa non è pronta a pagare. È questa la ragione precipua che sta a fondamento della compensazione, il *momento etico*, come lo chiama Dernburg (3), del nostro instituto.

Al quale vantaggio di interesse tutto privato se ne aggiunge un altro di ordine pubblico ed è che la compensazione è un mezzo per eliminare le liti; imperocchè per essa si rende inutile di intentare una domanda sepa-

(1) Laurent, *Principes de droit civil français.* Tom. XVIII n. 380 pag. 404. — Mourlon, *Répétitions sur le code civil.* tom. II pagina 754 n. 1439.

(2) L. 8 Dig. *De doli mali except;* l. 173 § 3 Dig. *De reg. juris.*

(3) Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation* § 42 pag. 361.

rata, come sarebbe necessario se la estinzione dei due crediti non si verificasse. Il quale vantaggio fu egregiamente notato dal Bersano nel modo seguente: « Virtus compensationis ea est, ut lites compescat, inanes circuitus dirimat, incommoda debitoribus levet, et fiat per pauciora id, quod fieri deberet per plura cum maximo damno et incommodo debitorum; nam cum possit lis unico judicio definiri, scilicet per actionem et exceptionem pluralitas seu multitudo judiciorum non debet admitti, ut evitentur sumptus et incommoda, iniquum sane esset quod quis existens sui creditoris creditor cogatur prius solvere suum debitum, et deinde alio judicio consequi, quod sibi debetur, cum magis utile sit debitori compensare, ut ita uno et eodem actu duplex solutio contingat, et utraque pars liberetur, quam nova judicia et litium circuitus subire. » (1)

6. Per spiegare la natura della compensazione e sopratutto gli effetti che dalla medesima derivano, antichi e moderni scrittori hanno equiparato la compensazione al pagamento, dicendo che essa è una *specie di pagamento*. Non sono però concordi gli scrittori intorno al significato che deve attribuirsi a questo pagamento. Taluni collocano la compensazione ed il pagamento sulla stessa linea dicendo che la compensazione è *un vero pagamento;* perchè *qui compensat solvit;* produce gli stessi effetti di un vero pagamento *adeo ut non intersit an quis solverit, vel compensaverit* (2). Quanto questa opinione sia erro-

(1) *Tractatus de compensationibus* cap. I n. 26 e seg. p. 3 e 4. Vedi anche BRUNEMANN *Comm. in Pandectas* ad leg. *Etiam quod natura* Tit. *De compensationibus;* GOTHOFREDO ad leg. *Ideo* Dig. *De compens.* Lett. L.; MELINS, *Observ, forenses* 149 n. 21.

(2) ZACCHIA. *De salario* quaest. 105 n. 18 NIGER, *De exceptionibus* cap. XIII § 3 MAURUS, *De solutione* cap. 2 § 5 n. 7. AMAT, *Resolutiones* 50 n. 7. FAIARDUS *Allegation fiscal.* 41 n. 5. — Recentemente LAURENT (op. cit. n. 380 p. 404) ha espresso la

nea non è necessario dimostrare: già il Bersano osservava, per confutarla, esser cosa notoria non poter aver luogo la compensazione là dove sia necessario di effettuare un vero pagamento, di guisa che colui, il quale si obbligò a pagare in denaro, non può liberarsi dal pagamento coll'opporre la compensazione (1).

Altri all'opposto credono che la compensazione debba considerarsi come un pagamento *fittizio*. « Est compensatio *imaginaria* quaedam solutio » scriveva Bartolo (2); opinione che venne in seguito adottata anche da Noodt il quale definisce la compensazione « *mutua solutio iuris interpretatione quasi per brevem manum facta* » (3). Secondo questa opinione la compensazione sta al pagamento, come la *traditio brevi manu* sta alla vera tradizione. Imperocchè mediante la compensazione il creditore ottiene il medesimo risultato che egli avrebbe conseguito se si fosse verificato il pagamento effettivo; manca l'atto materiale del pagamento, ma si raggiunge lo stesso scopo. Questa opinione, osserva Dernburg (4) presenta un aspetto seducente, perchè dà al rapporto una forma che esprime esattamente lo scopo economico; però essa è giuridicamente falsa. Nella *traditio brevi manu* vi ha per volontà dei contraenti un trasferimento di possesso dall'una

stessa opinione dicendo: « *la compensation est un payement qui se fait en vertu de la loi.* »

(1) *Tract. de compensationibus* Cap. I quaest. 2. n. 10 e segg. pag. 5. — Scaccia, *De commer. et camb.* § 2 gl 5 n. 43 ed altri citati dal Bersano.

(2) Sulla l. *Amplius non peti* Dig. *De comp.*

(3) Opera omnia tom. IV ad tit. *De compensationibus* Dig. — Vedi anche nello stesso senso Medices, *De compensationibus* parte 2 quaest. 1. n. 2. Tiraquellus, *De retractu* § 3 gl. 3 n. 7. Costa, *De retrotractione* reg. II ad. cap. 2 n. 7. — Scaccia, *De comm. et camb.* § 2 gl. 5 n. 43.

(4) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 42 p. 359.

all'altra delle parti, senza che però abbia luogo l'atto materiale della consegna, il quale, essendo stato già fatto, non ha bisogno di essere rinnovato. Nella compensazione invece le cose avvengono in modo ben diverso da quello che si verifica nella *traditio brevi manu*: in quella non solo non ha luogo l'atto esteriore del trasferimento di possesso, ma per di più non ha luogo il trasferimento di proprietà dell'oggetto dovuto nelle mani del creditore. Ora è appunto in questo trasferimento di proprietà che risiede la caratteristica distintiva del vero pagamento; nella compensazione pertanto manca non solo la forma, ma eziandio il sostrato materiale del pagamento (1).

Nè vale osservare in contrario che la compensazione per lo meno supplisce nella pratica il pagamento, in altri termini che essa è il surrogato del pagamento effettivo in quantochè pel creditore è assolutamente indifferente che il debitore eseguisca effettivamente il pagamento ovvero eserciti la compensazione. Imperocchè è del tutto insussistente che il creditore sia indifferente al pagamento od alla compensazione. È chiaro infatti che quando il creditore riceve effettivamente il pagamento, egli è libero di destinare la somma ricevuta a quell'impiego che crede più utile. Senza dubbio è più naturale che egli destini la somma ricevuta alla estinzione dei suoi debiti, ma chi gli vieta d'impiegare la somma incassata ad altri usi anche più urgenti? Chi non vede che egli con quella somma può provvedere i mezzi per soddisfare ai bisogni più urgenti della vita, se manca di questi mezzi? Suppongasi che egli abbia da intentare una lite e gli occorra di anticipare le spese per sostenerla e per una causa che non ammette dilazione, non potrà egli dedicare quel denaro piuttosto a quest'an-

(1) DERNBURG op. cit. § 42 p. 360.

ticipazione, anzichè al soddisfacimento del suo debito? Altrettanto dicasi del caso in cui gli si offra occasione di fare una bella speculazione. In tutti questi casi non è davvero indifferente al creditore di esser pagato, ovvero di esser costretto alla compensazione.

Dal fin qui detto emerge chiaramente come la compensazione sia ben diversa dal pagamento non solo per la forma dell'atto in virtù del quale si effettua rispettivamente la estinzione, non solo per la condizione giuridica che questi due atti diversi creano, ma eziandio per l'effetto pratico che da ambedue risulta rispetto al creditore.

7. Ma se fra compensazione e pagamento vi ha così profonda diversità, come è mai accaduto che i giureconsulti romani in molti luoghi delle fonti hanno equiparato la compensazione al pagamento? Troviamo infatti nella l. 4. Dig. *qui potior. in pign.* espressamente dichiarato da Pomponio: *nec interesse* (debitor) *solverit an pensaverit;* eguali dichiarazioni troviamo nella l. 19 Dig. *De liberali causa* e nella l. 4 Cod. *De compensationibus.*

Non può certo negarsi che i Romani giureconsulti abbiano nei loro testi equiparato talvolta, e talvolta paragonato la compensazione col pagamento, ma ciò non significa che essi abbiano voluto in realtà considerare la compensazione come una specie di pagamento. Dernburg ha spiegato a meraviglia la ragione per cui nelle leggi romane la compensazione si trova accompagnata col pagamento: « La chiave sta in ciò, scrive il dotto giureconsulto alemanno, che la compensazione, come il pagamento, contiene in sé in ogni diversità specifica lo stesso carattere economico. Dal punto di vista economico vi hanno due classi di cause che estinguono le obbligazioni. Le une, ed appartengono a questa classe la remissione del debito, la prescrizione, la sentenza ingiusta, cancellano il credito dal

novero degli oggetti patrimoniali senza guarentire un rimborso, esse diminuiscono perciò il patrimonio del creditore. Ben altrimenti il pagamento, la *datio in solutum*, non che la novazione ed infine la compensazione. In questi casi, è vero, il credito si distrugge allo stesso modo, però si cambia semplicemente la forma degli elementi patrimoniali, il suo ammontare rimane nella sua quantità ideale, poichè il creditore riceve sotto altra forma, immediatamente e necessariamente, in virtù dell'atto di estinzione, e contemporaneamente a questo, l'equivalente della sua perdita. Così tutte le estinzioni accennate in ultimo appartengono ad uno stesso gruppo, per conseguenza esse hanno comune una serie di lineamenti caratteristici, e poiché il pagamento fu sempre la più perfetta e la più importante di queste cause di estinzione, così è naturale che spesso si sia ricorso alla sua analogia per giustificare le particolarità, che in virtù del carattere generale che in questo caso funge da fondamento si dichiararono come *mezzi di soddisfacimento* ». (1)

Fu adunque l'affinità, l'analogia che si riscontra fra la compensazione ed il pagamento che trascinò i giureconsulti romani a porre la compensazione a lato del pagamento. Il loro modo di esprimersi non è certamente esatto; tuttavia a chi non si arresti alla semplice considerazione delle parole, ma abbia riguardo invece al significato in cui quei giureconsulti l'adoperavano, non può certo parer dubbia l'affermazione che essi distinsero la compensazione dal pagamento.

8. Noi abbiamo voluto esaminare questa questione anche dal punto di vista delle leggi romane, non già perchè

(1) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 42 pag. 363. Vedi anche Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrecht*, vol. II § 348 nota 2 citato da Derburg.

nello stato attuale della legislazione possa oggi sollevarsi questione a questo proposito, ma soltanto perchè tutti gli scrittori, i quali considerarono la compensazione come una specie di pagamento, furono tratti ad affermarlo ingannati dalle parole delle leggi romane alle quali attribuirono una interpretazione erronea. Siffatta questione oggi non potrebbe più sollevarsi di fronte al codice civile italiano. Non vi ha infatti nel codice nostro neppure una parola che possa ragionevolmente autorizzare questa parificazione della compensazione al pagamento. Secondo la nostra legislazione civile pertanto, la compensazione ed il pagamento sono due instituti assolutamente diversi per guisa che sono regolati da norme del tutto diverse e solo allora le regole concernenti il pagamento potranno applicarsi alla compensazione quando o la legge espressamente lo dichiari, o vi siano così evidenti motivi di identità da rendere un precetto comune ad ambedue gli instituti.

9. Da questa diversità fra compensazione e pagamento emerge che la capacità di ricevere un pagamento non include anche la capacità di compensare: « a compensatione ad solutionem valet argumentum: *compensari potest, ergo etiam solvi;* non tamen valet a solutione ad compensationem; unde non recte dicitur: *solvi potest, ergo etiam compensari* ». (1)

Ma vi ha di più: mentre, secondo l'art. 1246 del codice civile, il debitore non può costringere il creditore a ricevere un pagamento parziale, può però costringerlo ad accettare un soddisfacimento parziale mediante compensazione (2). « Vera solutio *pro parte* tantum invito creditore,

(1) BERSANO, *Tractatus de compensationibus* Cap. I. quaest. 2. n. 21. pag. 6. — DE LUCA, *De credito* Disc. 48 n. 4.

(2) Arg. art. 1286. Cod. civ. italiano.

fieri non potest, propter incommoda, quae gignit creditoribus solutio non integralis l. *plane* ff. *Famil. ercisc.* In compensatione aliud procedit, quoniam etiam pro parte, quantumvis minima, admittenda est, non obstante contraria creditoris voluntate sicuti demonstrat textus in l. *Si constat.* Cod. *De compens.* per illa verba ibi posita *pro concurrenti quantitate*, et deducitur ex lege *Si cum alter alteri* ff. *eodem.* nec non ex l. *eius quantitatis* cod. *De solutionibus* ». (1)

La ragione che di tale diversità assegnano gli antichi scrittori non può accettarsi, siccome quella che parte da un falso supposto. Ritenendo essi che la compensazione equivalga ad un vero pagamento, per le ragioni che abbiamo di sopra esposte, si trovarono dinanzi ad una grave diffic ltà; ammesso infatti che la compensazione sia un vero pagamento e non potendo, a tenore delle leggi romane (2), eseguirsi un pagamento parziale, logicamente ne derivava la conseguenza che neppure la compensazione poteva effettuarsi parzialmente, e difatti Ansaldo ed altri scrittori ritennero questa conclusione (3). D'altra parte non solo eranvi altri passi dai quali si argomentava doversi ammettere una compensazione parziale, ma quel che è più equità voleva che questa parziale compensazione si ammettesse. Ad uscire da questo imbarazzo essi adotta-

(1) Bersano *Tractatus, de compensationibus* cap. I quaest. 2. nn. 18 e segg. — Medices, *De compensationibus* p I quaest. 41. n. 2. Urceolus, *Consultationes forenses* 61. n. 30 ed altri molti. Non tutti però gli antichi scrittori ammisero potersi verificare una compensazione parziale del credito. Ansaldo, partendo dal concetto che la compensazione equivale ad un vero pagamento, ritenne che come non può ammettersi un pagamento parziale così non può riconoscersi neppure una compensazione parziale (*Consilia* 81 n. 5).

(2) L. 3. Dig. *Familiae ercisc.*

(3) Vedi sopra nota (1).

rono una distinzione; dissero che quando Gaio nella l. 3 Dig. *Familiae erciscundae* parla del pagamento, suppone che esso non sia stato peranco ricevuto dal creditore, sicchè il giureconsulto stabilisce per regola non potersi fare un pagamento parziale prima che questo si effettui; donde dedussero che quel frammento non riguarda la compensazione, in quanto questa include il concetto di un pagamento già eseguito. « Quamobrem cum clarissimum sit in casu compensationis solutionem realiter iam esse a creditore pro parte receptam, quod tunc contingit, cum factus est debitor sui debitoris in aliqua causa, quae totum eius creditum extinguere apta non est, sequitur necessario...... quod etiam invito creditore pro parte tantum quantumvis minima compensari possit debitum cum credito. » (1)

Se non che per noi che abbiamo distinto la compensazione dal pagamento, attenendoci alla diversa natura dei due instituti, questa ragione, o meglio questo ripiego a cui gli antichi scrittori ricorsero non può accettarsi. La vera ragione di tale diversità sta in ciò che sarebbe ingiusto non riconoscere la compensazione del credito per quella parte rispetto alla quale tutti concorrono i requisiti necessarii per la estinzione dell' obbligazione, per la sola circostanza che il debito di una delle parti eccede la somma del credito alla medesima spettante.

Malgrado la diversità intercedente fra pagamento e compensazione, a quest'ultima debbono, per espressa disposizione di legge, applicarsi le norme che regolano la

(1) Bersano, *De compensationibus* Cap. I quaest. 17 n. 2 e segg. — Costa, *De ratione rata* Quaest. 61 n. 6. — Rodericus, *De annuis redditibus* Lib. II quaest 18 n. 10 ed altri molti citati dal Bersano.

imputazione dei pagamenti nel caso che la medesima persona abbia più debiti compensabili (1).

10. La compensazione presenta dei rapporti di analogia non solo col pagamento, ma ancora con altri instituti giuridici. Uno di questi è appunto il *diritto di ritenzione*. Ed è per questa cagione che questo diritto fu dagli antichi scrittori chiamato *compensatio indirecta*. Ambedue questi instituti, che presentano una svolgimento storico della stessa specie (2), si accordano nel medesimo concetto. Imperocché ambedue risvegliano l'idea di un diritto che si oppone a modo di difesa alle pretese dell'avversario; ambedue portano seco la contemporanea discussione di più controversie indipendenti l'una dall'altra, che si riuniscono in un solo e comune procedimento (3).

Ciò posto, prima di rilevare i rapporti che intercedono fra la compensazione ed il diritto di ritenzione, fa d'uopo il determinare con una certa precisione qual sia il vero carattere giuridico del diritto di ritenzione, perchè stabilito questo ci riescirà molto più agevole la determi-

(1) Cod. civ. art. 1293. — Dernburg, (*Geschichte und Theorie der Compensation* § 42 pag. 363) annovera come uno degli effetti della diversità fra compensazione e pagamento, il non potersi applicare alla compensazione le regole dell'imputazione dei pagamenti; ma egli parte da un punto di vista assolutamente razionale e prescinde dalla disposizione della legge positiva che noi dobbiamo rispettare.

(2) Il diritto di ritenzione, come la compensazione, rimase ignoto all'antico diritto romano. Ambedue si svilupparono in occasione dei *iudicia bonâ fidei*, in virtù della libertà che in questi giudizii era accordata al magistrato. Il primo che abbia fatto cenno del diritto di ritenzione è Servio Sulpicio rispetto alle locazioni di opera secondo riferisce Paolo nella l. 2 pr. Dig. *De lege Rhodia de iactu*. E come nell'epoca imperiale si riconobbe la compensazione tanto nelle azioni reali che nei *iudicia stricti iuris*, così nella stessa epoca fu riconosciuto il diritto di ritenzione. Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation* § 43 pag. 366.

(3) Dernburg, op. cit. § 43 pag. 365.

nazione di codesti rapporti. A questo proposito regna fra gli scrittori la più grande incertezza di opinioni. (1) Senza fermarci ad esaminarle noi diremo con Dernburg, il quale segue le orme del Windscheid, che per *diritto di ritenzione* si ha da intendere: *la facoltà che ha una delle parti di ritenere una prestazione dovuta in virtù del diritto che essa ha di ottenere una prestazione dall'altra parte.* Ond'è che la caratteristica essenziale del diritto di ritenzione consiste nel far dipendere la realizzazione di un diritto per sua natura assoluto dalla condizione di una controprestazione che deve farsi precedentemente o contemporaneamente. In altri termini il diritto di ritenzione non altera il carattere naturale del diritto che compete all'altra parte, esso intacca soltanto la realizzazione del medesimo in guisa che fra il diritto ed il suo conseguimento si interpone una condizione che lascia in sospeso quest'ultimo. Il quale carattere è egregiamente delineato dal Bersano, il quale scriveva: « Et effectus retentionis est, debitum, quod quis retinens habet favore sui creditoris, vel aliam quamcumque ipsius rem, pro securitate sui crediti, donec solvatur, retinentis in possessionem solummodo conservare, nam per eam, sicut per so-

(1) Vi è stato chi ha considerato il diritto di ritenzione come una specie di *vendetta privata*. Gluck *Erläuterung der Pandekten* § 115. — Altri lo hanno considerato come un *diritto reale* e come una *derivazione del diritto di pegno*; però a questo diritto reale mancherebbe la caratteristica essenziale ai diritti di questa specie, cioè il non potersi far valere rispetto ai terzi. — Altri infine lo considerarono come una *exceptio doli* che il convenuto fa valere contro le pretese allegate dall'attore; ma è chiaro che così la forma estrinseca con cui si fa valere quel diritto si solleva al grado di sostanza. Vedi su ciò Dernburg op. cit. § 43 pag. 366 e 367 e Savigny *Das Recht des Besitzes* § 4 p. 19.

lutionem, *debitum* et *actio non dissolvitur*, sed agitur ut solvatur. » (1)

11. Determinata in tal guisa la natura giuridica del diritto di ritenzione, passiamo ad esaminare i rapporti che corrono fra compensazione e diritto di ritenzione. — L'affinità di questi due instituti ci si rivela anzitutto nel comune scopo che essi si propongono di conseguire: ambedue tendono ad impedire che una delle parti eserciti il suo diritto, mentre non ha ancora soddisfatto alle giuste pretese dell'altra parte.

Però se compensazione e diritto di ritenzione si accordano nel volere un identico scopo, diversificano tuttavia rispetto ai mezzi che adoperano per ottenere questo scopo, come ancora riguardo agli effetti immediati che dai medesimi instituti derivano.

Per vero mentre la compensazione produce la estinzione dei crediti che si contrappongono reciprocamente, sicchè in ultima analisi equivale ad un soddisfacimento dei due creditori che si effettua nello stesso tempo; in quella vece il diritto di ritenzione cerca di ottenere per via indiretta il contemporaneo soddisfacimento dei diritti che stanno in opposizione reciproca. Questo modo indiretto di ottenere il soddisfacimento reciproco consiste nell'arrestare per parte del convenuto, come si disse di sopra, la realizzazione del diritto dell'attore per costringer questo ad effettuare la prestazione dovuta a quello, la qual cosa i giureconsulti romani esprimevano colle parole *pignoris loco retinere*. Da ciò chiaramente apparisce che

(1) Dernburg, op. cit. § 43 pag. 367 — Windscheid, *Lehrbuch der Pandekten* vol. II sez. 1 p. 290 citato da Dernburg. — Parmi che bene determini la natura del diritto di ritenzione anche il Bersano quando lo definisce: *Iuris antiqui reservatio nihil de novo tribuens*, (*Tract. de compens.* Cap. I quaest. 12 n. 1).

mentre la ritenzione ha per effetto di *tutelare* l'adempimento di un diritto di credito, la compensazione invece ne effettua il *soddisfacimento*; epperò mentre la prima non è altro che un mezzo *dilatorio* in quanto, senza distruggere il diritto della parte avversa, ne impedisce però la realizzazione, la seconda è un mezzo *perentorio* che affetta la stessa esistenza del credito (1).

Da questa diversità, che rispettivamente assume il modo con cui operano la compensazione ed il diritto di ritenzione, consegue un effetto importantissimo saggiamente rilevato da Dernburg rispetto alla ripetizione dell'indebito. Se il debitore avesse avuto il diritto di esercitare la compensazione contro il suo creditore, ed avesse malgrado ciò eseguito per errore il pagamento, egli avrà il diritto di domandare il rimborso di ciò che ha pagato per errore, perchè in realtà egli non era tenuto ad effettuare quel pagamento; lo avvertì chiaramente Ulpiano nella l. 10 § 1 Dig. *De compensationibus*: » Si quis igitur compensare potens, solverit, *condicere* poterit, quasi indebito soluto (2). All'opposto se il debitore avesse avuto contro il suo creditore un semplice diritto di ritenzione, e malgrado ciò abbia effettuato il pagamento, non avrebbe alcun diritto di ripetere ciò che egli ha pagato; perchè il diritto di ritenzione non ha per effetto di estinguere il diritto competente all'avversario, ma solo di sospenderne la sua esecuzione; epperò avvertiva Pomponio nella l. 51 Dig. *De condictione indebiti* etc. « Ex quibus causis retentionem quidem habemus, *petitionem* autem non habemus; ea, si solverimus, *repetere* non possumus. » — Sonovi, è vero taluni casi nei quali è ammesso il diritto di esercitare la

(1) Così Dernburg, op. cit. § 43 pag. 368.
(2) Vedi anche l. 30 Dig. *De cond. indebiti.*

ripetizione dell'indebito, se il debitore omise per errore di valersi del diritto di ritenzione, come se l' usufrutto fosse stato ceduto all'usufruttuario prima che egli desse cauzione, colui che ha dimenticato di ritenerlo potrà esercitare la *condictio indebiti* (1); in questi casi però, piuttostochè un diritto di ritenzione, nel diritto di una delle parti è inclusa una vera condizione dalla quale dipende l'esistenza del diritto competente all'altra parte. (2)

Vuolsi inoltre osservare che la compensazione ed il diritto di ritenzione diversificano fra loro per la diversità di estensione in cui possono venire applicati. Così mentre la compensazione, che ha per effetto di estinguere in modo definitivo i diritti reciproci di ambedue le parti, richiede soltanto che i due crediti siano della stessa specie, senza esigere che essi siano legati fra loro da un rapporto materiale di connessione; la ritenzione invece richiede che i due crediti che si contrappongono siano vincolati da un rapporto di connessione. È chiaro pertanto che la compensazione ha una sfera di applicazione generale verificandosi in tutti quei casi in cui si contrappongono due crediti della stessa specie; la ritenzione ha una sfera di applicazione molto più limitata non potendo verificarsi che in quei casi in cui fra i due opposti diritti esiste un rapporto di connessione derivante sia dalla intrinseca affinità dei diritti stessi, sia da eventuali circostanze estrinseche. La quale limitazione di estensione rispetto al diritto di ritenzione crede Dernburg sia derivata da questo, che, sebbene sarebbe stato possibile di ammettere l'eccezione di ritenzione anche fra crediti contrarii non connessi, tuttavia non parve praticamente con-

(1) L. 7 pr. Dig. ususfruct. quemad. caveat. cfr. anche l. 58 e 60 Dig. *De legatis* I; l. 40 § 1 Dig. *De cond. ind.*

(2) Dernburg, op. cit. § 43 pag. 369.

veniente un'estensione così generale, perchè di regola non è desiderabile la sospensione dell'esercizio dei diritti, ma piuttosto la definitiva e sollecita estinzione dei diritti di ambedue le parti, il che in questi casi si effettua mediante riconvenzione (1). Erravano quindi gli antichi scrittori affermando che la ritenzione ha una più larga applicazione della compensazione (2).

12. Da ultimo è chiaro che il diritto di ritenzione perde il suo carattere e si trasforma in un vero diritto di compensazione se i diritti, che si contrappongono reciprocamente, hanno quella omogeneità che è necessaria alla compensazione. Non vi sarebbe infatti ragione plausibile perchè dovessero tenersi in sospeso due diritti, quando essi possono venir soddisfatti da ambedue le parti con quella contribuzione che si contiene nella compensazione. Per la qual cosa supposto che ad una persona spetti il diritto di ritenere una somma di denaro verso il suo creditore, perchè quest'ultimo da parte sua è debitore della stessa somma verso la prima, il diritto di ritenzione in questo caso si trasforma in compensazione, concorrendovi tutti i requisiti che valgono a generare la compensazione. Il diritto di ritenzione continua a mantenere il suo particolare carattere in quei casi soltanto in cui i diritti, che si contrappongono, rimangano eterogenei (3).

13. La dottrina e la prassi distingue tre specie di compensazione: la compensazione *legale*, quella cioè che si opera di pien diritto in virtù della legge; la compensazione *facoltativa*, la quale ha luogo in quei casi, in cui

(1) Op. cit. § 43 p. 369.

(2) Bersano, *De compensationibus* cap. I quaest. 12 n. 6 e segg. Menochio, *Consil.* 110 n. 13. Medices, *De compensationibus* par. II quaest. 28 n. 5.

(3) Dernburg, op. cit. § 43 p. 370 e 371.

la compensazione legale non può verificarsi, perchè manca uno dei requisiti necessarii alla medesima; finalmente la compensazione *giudiziaria*, che ha luogo quando il convenuto oppone all'attore una domanda riconvenzionale il cui effetto è di estinguere totalmente o parzialmente l'azione in virtù della sentenza del magistrato.

Ciò posto, spontaneo si presenta l'ordine della nostra trattazione in tre parti, ciascuna delle quali prenderà ad esame una di queste tre specie di compensazione.

CAP. I.

DELLA COMPENSAZIONE LEGALE.

ART. I.

Natura della compensazione legale.

SOMMARIO.

14. Secondo il codice civile italiano la compensazione è un modo di estinzione delle obbligazioni, che si effettua per sola virtù di legge.

15. Origine di questo sistema. — Diversi sistemi di interpretazione della massima che si compensa *ipso jure*. — Spiegazione *materiale* e spiegazione *formale*. — Sistema dei Glossatori.

16. Come la dottrina dei Glossatori italiani sia stata accolta dal codice civile italiano. — Si dimostra che questa dottrina non è conforme a quella seguita dalle leggi romane.

17. Continuazione dello stesso argomento.

18. Quale sia il vero significato, che, secondo le leggi romane, deve attribuirsi al principio *ipso jure compensari*.

19. Si dimostra che il sistema sancito dal codice civile italiano non è assistito da solidi argomenti.

20. Contradizioni cui dà luogo il sistema della compensazione legale.

21. Si espone il significato del principio sancito dall'art. 1286 del codice civile. — Argomenti che si adducono a difesa di questo sistema.

22. Conseguenze pratiche derivanti da questo sistema.

23. Continuazione.

24. Continuazione

25. Transizione.

14. Secondo il sistema adottato dal nostro legislatore, il quale ha trascritto alla lettera l'art. 1290 del codice

Napoleone (1), la compensazione si fa *di diritto* in virtù della legge, ed anche senza saputa dei debitori, al momento stesso della contemporanea esistenza dei due debiti che reciprocamente si estinguono per le quantità corrispondenti. Così l'art. 1286. Secondo il nostro codice adunque la compensazione è un modo di estinzione delle obbligazioni, che si opera per sola virtù di legge come è anche chiaramente enunciato nell'art. 1236 nel quale si espongono i modi con cui le obbligazioni si estinguono. In generale si attribuisce a Pothier (2) questo sistema pel quale si considera la compensazione come un modo di estinzione *ipso jure* delle obbligazioni. Nondimeno, se è vero che Pothier propugnò questa dottrina, non deve credersi che sia stato egli il primo a metterla innanzi; l'origine di essa rimonta ad epoca molto più remota; Pothier non fece altro che esporre la dottrina prevalente al suo tempo.

15. Fin dall'epoca dei Glossatori si agitò la questione, che gl'interpreti delle leggi romane chiamano *immensa* (3), intorno alla natura della compensazione nel diritto romano. Poichè nelle fonti romane si trova spesso ripetuta la frase *ipso jure compensari*, si tentò fin dal principio di scrutarne il significato. Innumerevoli sono i sistemi imaginati per interpretarla, e la disputa continua vivissima ancora fra gli odierni romanisti, che si arrabattano per coglierne, col sussidio della storia del diritto, il vero significato. Troppo lungo sarebbe se noi volessimo esporre completamente lo stato di questa controversia, che per noi ha un

(1) « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister a' la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotitès respectives. »

(2) *Traité des obligations;* p. III cap. 4 § 35.

(3) Bersano, *De compensationibus* Cap. I. quaest. 6. n. 1 2 p. 14.

valore unicamente storico, tuttavia non possiamo dispensarci dal darne qualche cenno, il quale valga a chiarire il sistema seguito dal codice nostro, attenendoci a quanto di meglio ne è stato detto in questi ultimi tempi.

Tutte le spiegazioni messe innanzi per dilucidare il principio che la compensazione avviene *ipso jure* si riducono a due gruppi principali, che Dernburg, il quale ha completamente trattato la questione, chiama spiegazione *materiale* e spiegazione *formale* (1). — Coloro che danno alla massima: *ipso jure compensari* un significato materiale, sostengono che i crediti si estinguono immediatamente in virtù del diritto stesso nel momento della loro coesistenza senza bisogno dell'opera di una delle parti; sicchè *ipso jure* significa: *sine facto hominis*. Come i *sui haeredes* divengono tali *ipso jure*, cioè senza saperlo e senza volerlo, così la contemporanea esistenza dei crediti opposti li estingue senz'altro ambedue.

Altri invece danno a quella massima una spiegazione formale sostenendo che *ipso jure* in questo caso sta come antitesi ad una estinzione *ope exceptionis*, sicchè la compensazione si avvera senza bisogno di una *exceptio*.

I Glossatori si attennero al primo significato e dissero che il principio, secondo il quale la compensazione avviene *ipso jure*, significa che la estinzione dei crediti reciproci avviene *sine facto hominis* (2). Questa dottrina venne adottata da Cuiacio, il quale considerò la contemporanea

(1) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 33 pag. 283.

(2) Vedi Azone, *Summa* ad tit. *De compensationibus* § 13. — Non tutti però, come si rileva anche dal passo di Azone, si trovavano concordi intorno al valore assoluto di questa spiegazione. Molti fra i Glossatori, pur aderendo in massima alla dottrina accennata, v'introdussero delle modificazioni più o meno importanti. Su questo punto giova consultare Dernburg op. cit. § 33 pag. 285 e segg.

esistenza di due crediti opposti come un fatto che ha la virtù di estinguerli *ipso jure* senza bisogno di opporre una eccezione o di una domanda delle parti (1). Bastò l'autorità di Cuiacio per far sì che questa dottrina divenisse generale. Si ammise che il fatto dell'esistenza del credito opposto si rende per regola noto al magistrato per mezzo di una domanda del debitore, non essendo il giudice un profeta; ma si ritenne in pari tempo che il magistrato, il quale in qualsivoglia modo abbia potuto aver cognizione, dagli atti della causa, del credito opposto a quello per cui si agisce, debba ammettere la compensazione, ancorchè le parti non l'avessero domandata. Non mancarono certo oppositori di questa dottrina, anche dopo Cuiacio (2), ma la voce loro fu soffocata dalla moltitudine dei seguaci della dottrina adottata da Cuiacio. In Francia Pothier pose termine ad ogni controversia colla sua autorità dichiarando che *ipso jure* significa che la compensazione ha luogo soltanto in virtù di legge, senza bisogno di una sentenza del magistrato o di una domanda delle parti (3).

16. La dottrina dei Glossatori adottata da Cuiacio e da Pothier fu sancita dall'art. 1290 del codice civile francese e da questo è trapassata nel nostro art. 1286 (4).

(1) *Recitationes solemnes in Codicem* L. t. ad. l. 8. — *Sent. Pauli* II, 5 § 3 — *Observationes* VIII cap. 16.

(2) Per es. Fabro; *Cod. Sab.* lib. IV tit. 23 def. 4. — Donello *Comm. jur. civ.* lib. 16 cap. 15 n. 38 il quale si attenne piuttosto al significato formale, dando all'*ipso jure* il carattere di antitesi dell'*ope exceptionis*. — All'opinione di Donello si è recentemente accostato anche Ubbelohde, *Ueber* ipso iure compensari. p. 16 nota 8; p. 18 nota 15-20 citato da Dernburg.

(3) *Traité des obligations* part. III cap. 4 § 35. — Nello stesso senso Domat, *Lois civiles* Lib. IV sez. 1. n. 4.

(4) Anche il Codice civile Austriaco § 1438 segue lo stesso sistema. Invece il codice di diritto privato del Cantone di Zurigo

Ma é forse il sistema sancito dal legislatore francese e dal nostro quello stesso delle leggi romane? Lo si è creduto, nè manca chi lo ritenga per tale anche attualmente, basta però volgere un rapido sguardo al modo con cui si è sviluppata la compensazione nel diritto romano per convincersi che questa non ha potuto essere la teoria adottata dalle leggi romane. La compensazione, come abbiamo già avuto occasione di notarlo, non è sorta tutta ad un tratto per volontà di un legislatore, ma essa ha subìto quel lento sviluppo che fu comune a tutte le instituzioni giuridiche. Sul principio si riconobbe, alla stregua di una rigorosa e ferrea logica giuridica, che i crediti, che si oppongono, non potevano esercitare influenza di sorta l'uno sull'altro, avere ciascuno di essi una propria sfera di efficienza, ed una natura assolutamente autonoma. Se le parti avessero convenuto d'accordo di compensare a vicenda i loro crediti, niuno avrebbe potuto impedirlo; ma se una di esse si fosse opposta, il magistrato non avrebbe avuto facoltà di ammettere la compensazione contro la volontà di una delle parti (1). Poco a poco però le considerazioni di equità la vinsero sul rigore dei principii e si permise al debitore di opporre la compensazione. Il giudice, valendosi di quella latitudine, che gli era concessa nei *judicia bonae fidei,* cominciò ad ammetterla in questi; in seguito per soddisfare ai bisogni ed alle esigenze del commercio la si ammise anche nei *judicia stricti juris*. Or, se si ammettesse che il sistema del codice nostro fosse pur quello delle leggi romane, occorrerebbe dire che appena adottato il sistema pel quale la compensazione doveva

§§ 1052 e 1054 ed il Codice civile della Sassonia § 992 esigono la domanda delle parti.

(1) Desjardinis, *De la compensation* n. XIII pag. 24.

avverarsi grazie alla domanda di una delle parti, si fosse ad un tratto abbandonato per ammettere che i crediti si estinguessero indipendentemente dalla domanda delle parti e senza fatto dell'uomo dall'istante della loro contemporanea esistenza. Se non che per affermare ciò non solo ci mancano argomenti, ma, quel che è più, siffatta opinione si troverebbe in aperta contradizione con quella continuità di sviluppo che si riscontra sempre nel diritto romano. Bisognerebbe supporre un repentino cambiamento di sistema in un istituto che per secoli aveva conservato la stessa fisonomia.

Nè mancano argomenti desunti dalle fonti romane, i quali dimostrino nel modo il più evidente come la compensazione dovesse esser domandata dalle parti. Così leggiamo nella l. 2. Dig. *De compensationibus:* « *unusquisque creditorem suum summovet si* paratus *est compensare.* » Parimenti nella l. 5 D. *eodem:* « *Si fidejussor* velit *compensare audiendus est.* » Lo stesso concetto è ripetuto nelle l. 10 § 1 e 16. D. *eod;* l. 26 Dig. *De probationibus;* l. 20 D. *De statuliberis;* l. 1. D. *De contr. a tut.* Da questi passi si deduce in modo abbastanza chiaro, mi sembra, che la compensazione doveva esser domandata da una delle parti, altrimenti per qual ragione si sarebbe dovuto parlare della volontà delle parti se ambedue i crediti si fossero estinti per la loro contemporanea esistenza? (1)

17. Del resto tanto è vero che secondo la teoria delle leggi romane il principio *ipso jure compensari* non può aver voluto significare che la compensazione si verificasse per la sola coesistenza dei due crediti opposti, senza la necessità di una *exceptio,* che essa fu introdotta nei *ju-*

(1) Vedi in questo senso Dernburg op. cit. § 33 pag. 294 e 295, il quale espone con una singolare esattezza le ragioni di questa confutazione.

dicia stricti juris appunto per mezzo di una *exceptio doli* (1). Ora ripugnerebbe alla continuità di sviluppo del diritto romano che un instituto, il quale si è presentato nella sua evoluzione storica come una *exceptio*, si trasformasse tutto ad un tratto e senza necessità in una causa di estinzione *ipso jure* in quel senso che a questa formola attribuisce l'opinione comune. La qual cosa riesce ancora più evidente se si rifletta a quei passi delle leggi romane che chiaramente accennano alla domanda delle parti come condizione del verificarsi della compensazione.

18. Ciò posto qual'è dunque il vero significato, che, secondo le leggi romane, deve attribuirsi al principio *ipso jure compensari?* Pare a me che in mezzo a tutto questo ginepraio di dottrine e di interpretazioni chi abbia colto proprio nel segno sia Dernburg il quale ritiene che col principio *ipso jure compensari* non si volesse esprimere altra cosa se non che la compensazione, che da principio era lasciata all'arbitrio del magistrato, ora è divenuta un diritto incontestabile delle parti, che deve verificarsi secondo i principii della legge stessa qualora si trovino di fronte due crediti. In altri termini, secondo il dotto scrittore alemanno, non dipende più dal libero arbitrio del magistrato l'ammissibilità della compensazione; essa non ha più un'esistenza di fatto, ma ha acquistato una vita di diritto.

Parmi opportuno il riferire le parole stesse del Dernburg, come quelle che varranno meglio a dilucidare ed a provare la spiegazione data da lui. « Originariamente, scrive egli, la compensazione di regola era ignota al diritto, se le parti spontaneamente non si accordassero su

(1) L. 4 D. *De Compensationibus*. — Vedi anche Brinz, *Die Lehre von der Compensation* p. 112.

di esse; però nella *praxi* giudici liberali cominciarono ad applicarla. Sulle loro deliberazioni influì l'equità del caso speciale, la liquidità del controcredito, l'esistenza di un rapporto di affari fra le parti. Ma in prima linea decise dell'ammissione il carattere personale dei magistrati *(magni esse judicis)*. Poco a poco lo stato, da principio oscillante, in seguito si cristallizzò in una forma solida. Il processo dello sviluppo storico si chiuse col riconoscere un diritto alla compensazione. Già Gaio (1) parla nei *judicia bonae fidei* di una *jus pensationis;* ma anche negli *strictis judiciis* dopo Marco Aurelio fu ammesso un diritto alla compensazione. Quindi Papiniano, negando egli la compensazione, dice l. 15 D. *De comp.:* iure *compensationis retinere non placuit;* quindi l'Imp. Alessandro rescrive l. 5 Cod. *De comp.: Compensationis aequitatem* iure *postulas,* l'equità della compensazione è divenuta diritto. Collo stesso animo Gordiano rescrive: *compensationem* « non immerito » *obiicies*. . . . . . . La compensazione è divenuta un diritto delle parti; ora la sua ammissione è così certa come quella dell'eccezione di prescrizione, dell'eccezione di dolo, di violenza. Certo in queste eccezioni non si trova espresso nello stesso modo che esse appartenessero alle parti *ipso jure* e così può trovarsi strano che questa frase sia stata appunto adoperata nella compensazione. Ma in quelle fin da principio era certo che esse formavano il diritto generale, esse erano state rese assolutamente efficaci dal Pretore, dalla legislazione. Non vi era alcun bisogno di far risaltare in modo speciale il loro valore generale. Nella compensazione al contrario questa si era formata poco a poco nell'epoca classica, essa è il più recente prodotto dello sviluppo del diritto romano; epperò ai posteriori giurecon-

(1) L. 18 § 4 D. *Commodati*.

sulti, che non trovarono dai loro predecessori riconosciuta la compensazione generale, premeva di dar peso al valore nuovamente acquistato ». (1)

19. Se il legislatore italiano, invece di attenersi ciecamente al codice francese, si fosse curato di esaminare i progressi fatti in seguito dalla scienza giuridica, specialmente in ordine a questa questione, egli avrebbe potuto evitare questo grave errore e ritornare alla vera teoria delle leggi romane. Ma la precipitazione con cui si compilarono le leggi nostre per ragione politica ed il malvezzo di tutto attingere fuori di casa nostra non consentì di attuare questo progresso e senza beneficio d'inventario si accettò un sistema, che era stato già del tutto demolito dalle pazienti ricerche e dalle dotte elucubrazioni di giureconsulti riputatissimi. E tanto più questo concetto avrebbe dovuto abbandonarsi in quanto esso non è neppure assistito da solide ragioni di diritto. Imperocchè, come bene osserva Dernburg (2), l'argomento addotto da Treilhard nella discussione del codice civile francese a favore di questo sistema non regge alla critica. « La compensazione, secondo Treilhard, è fondata sul principio che la stessa persona non può cumulare le qualità contrarie di creditore e di debitore ». (3) Ora qual'è mai la ragione di tale incompatibilità, per qual motivo i due crediti non possono esistere separatamente e produrre separati effetti giuridici?

(1) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 37 pag. 310 e 311. — Di questa stessa opinione è Vangerow, *Pandekten* vol. III § 618; Müller, *Institutionen* p 551 nota 19; Förster, *Preussisches Privatrecht* vol. I. p. 566. Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni secondo i principii del diritto romano* pag. 277. — In senso contrario Van Wetter, *Cours élementaire de droit romain* tom. I. § 201 pag. 715.

(2) Op. cit. § 33 pag. 292 e 293.

(3) Fenet, *Travaux preparatoires* tom. XIII. p. 89.

Perchè mai si dovrà vietare che una delle parti paghi il proprio debito continuando a rimaner creditrice verso l'altra parte? Certo la equità vuole che la compensazione sia ammessa, perchè ciò esige l'interesse delle parti; ma quando le parti trovino invece di loro interesse che questa compensazione non si avveri, perchè mai si vuol costringerle contro loro volontà a farlo? La legge nostra, ammettendo che la compensazione si verifichi *ipso iure*, anche ad insaputa dei debitori, per la sola coesistenza dei debiti, costringe le parti alla compensazione anche quando queste non la trovassero di loro vantaggio, intaccando così la loro libera capacità di disporre del proprio patrimonio.

20. Del resto l'assurdità di questo sistema, che ammette la estinzione dei due crediti di pien diritto pel solo fatto della loro contemporanea esistenza, si rivela evidentemente nel fatto che il legislatore ha dovuto evitare certe conseguenze logiche che deriverebbero naturalmente da quel principio. Per vero, ammesso che due crediti contrarii si estinguessero *ipso iure* nel momento della loro coesistenza, non si potrebbe rinunziare all'uno da una delle parti, continuando ad esistere l'altro, per la ragione semplicissima che sarebbe già avvenuta la reciproca elisione ed estinzione dei due crediti. Ora che questa rinunzia possa farsi secondo il codice nostro risulta indubitatamente dall'art. 1291, come anche dalle disposizioni delle leggi romane (1).

Nè basta; perocchè, stando al rigor del principio, sarebbe necessario ammettere che quegli il quale abbia pagato un debito, senza valersi del diritto della compensazione che a lui competeva, non possa in seguito doman

(1) L. 26 Dig. *De probationibus*. — cfr. Pacifici Mazzoni, *Instituzioni di diritto civile italiano* vol. V. n. 129 pag. 261.

dare con giudizio separato il pagamento del suo credito, per cui non ha opposto la compensazione; essendochè, siccome la coesistenza dei due crediti produce, secondo il sistema adottato dal codice nostro come principio fondamentale, la estinzione *ipso iure* dei medesimi, anche ad insaputa e contro volontà delle parti, i due crediti dovrebbero considerarsi come estinti; ora quegli il quale paga un debito che egli conosce essere estinto, compie un atto di liberalità, pel quale non può più ripetere il proprio credito, essendo notissimo che la ripetizione dell'indebito non compete a chi *scientemente* paga ciò che non deve. *Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest* (1). Tale adunque sarebbe la conseguenza logica del principio sancito dall'art. 1286 del codice civile. Eppure il legislatore si è ben guardato dall'ammetterla, disponendo al contrario nell'art. 1295 che quegli il quale ha pagato un debito, il quale di diritto era estinto in forza della compensazione, può domandare separatamente il pagamento del credito per cui non ha opposto la compensazione, sebbene non possa, in pregiudizio dei terzi, valersi dei privilegi, delle ipoteche o cauzioni annesse al suo credito. E qui deve notarsi che già Ulpiano nella l. 30 Dig. *De condictione indebiti* aveva ammesso lo stesso principio scrivendo: « *Qui invicem creditor, idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet*, si solvit, *non habet condictionem, veluti indebiti soluti; sed sui crediti* petitionem. » Il qual passo dimostra una volta di più quanto sia erroneo il ritenere che secondo le leggi romane le parole *ipso iure compensari* volessero significare che la compensazione si opera *sine facto hominis*. Del resto non

(1) L. 50 Dig. *De condict. indeb.* — Arg. art. 1146 cod. civile.

può ammettersi, siccome taluno ha creduto per giustificare la inconseguenza, che la legge in questo caso restituisce, per ragione di equità, l'azione già estinta (1). Imperocchè, come egregiamente nota Dernburg (2), questa restituzione non ha alcun fondamento nelle fonti ed è solo il necessario ripiego di un dogma intrinsecamente falso ed insufficiente.

Un'altra conseguenza, che logicamente deriverebbe dal principio enunciato nell'art. 1286 del codice civile, sarebbe questa che quando più fossero i debiti da compensare la compensazione dovrebbe verificarsi solo per quel credito, rispetto al quale fossero prima esistiti i requisiti necessarii per la compensazione; se infatti la estinzione dei due crediti avviene *ipso iure* dal momento della loro coesistenza, è chiaro che la compensazione, già avveratasi rispetto al debito divenuto compensabile pel primo, non potrebbe applicarsi agli altri debiti che lo fossero divenuti posteriormente; in altri termini il debito più antico dovrebbe operare prima degli altri. Invece l'art. 1293 dispone che quando la medesima persona abbia più debiti compensabili, si osservano per la compensazione le stesse regole che valgono per la imputazione dei pagamenti, e rinvia all'art. 1258 il quale, sebbene attribuisca un certo valore alla priorità del debito nell'ipotesi della parità di circostanze, pure prende come base della imputazione il maggior interesse che ha il debitore ad estinguere uno dei debiti scaduti, seguendo così la dottrina delle leggi romane le quali, nel caso di più crediti, accordavano al convenuto la facoltà di scegliere a piacere quel credito

(1) TYNDARUS, *Tractatus de compensationibus* art. VI n. 74 — POTHIER, *Traitè des obligations* p. III c. 4 § 3.
(2) Op. cit. § 33 pag. 296.

che esso preferiva di opporre in compensazione (1). Altro argomento evidentissimo che dimostra come, secondo le leggi romane, la compensazione non operasse *ipso iure* ma dovesse opporsi formalmente dal debitore (2).

Da ultimo se per la semplice contemporanea esistenza di due crediti questi rimanessero *ipso iure* estinti, non può dubitarsi che una obbligazione solidale dovrebbe estinguersi *per intero* appena uno dei coobbligati acquistasse un credito verso il comune creditore, come avviene mediante il pagamento di uno dei coobbligati; perocchè nell'obbligazione solidale ciascuno dei coobbligati è debitor principale e perciò la compensazione dovrebbe compiersi quando uno dei coobbligati divenisse a sua volta creditore del creditore. Invece l'art. 1290 capoverso dispone che: « il debitore in solido non può invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore, se non sino alla *concorrenza* della parte dello stesso condebitore. » Questa come ognun vede, è una disposizione che sta in aperta contradizione del principio fondamentale. Nè regge alla critica la spiegazione che ne porge Marcadè (3) il quale scrive: « Egli è vero che nella obbligazione in solido ciascun obbligato è debitore personale e principale per l'intero debito, nel senso però, che il creditore potrà domandar l'intero a quello dei debitori, che vorrà scegliere. In somma l'intero non dev'essere pagato da *ciascuno* dei debitori, ma da *un solo* di essi; apparterrà al creditore designare quello da cui voglia esser pagato. Così in luogo di definire il debito solidale,

(1) L. 5. Dig. *De compensationibus*.

(2) Questo nota il chiarissimo Prof. Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni* pag. 278.

(3) *Explication théorique et pratique du Code Napoleon* sur l'art. 1294 n. II — 837.

quello in cui l'intero è dovuto da *ciascuno* dei varii obbligati, potrebbe più esattamente definirsi quello in cui l'intero è dovuto da *quello* degli obbligati, *a cui sarà richiesto dal creditore*. Ciò posto, finchè il creditore non agisce contro alcuno dei coobbligati, s'ignora quale fra loro sarà definitivamente debitore verso il creditore; e quindi non può farsi compensazione legale fra il debito solidale ed il debito dovuto da uno dei coobbligati. Una volta che il creditore ha indicato colla sua domanda l'obbligato da cui vuol ripetere l'intero, avviene delle due cose l'una: o l'obbligato che è stato indicato è appunto quello di cui è debitore il creditore, e in tal caso è chiaro che si fa la compensazione, ovvero è un altro, e allora non si fa la compensazione, come dichiara il nostro articolo, poichè il debitore personale del debito solidale, non è quello a cui deve il creditore. »

Questa spiegazione però, come lo stesso Marcadè riconosce, ha il difetto di essere troppo sottile; essa si fonda sopra una nuova ed erronea definizione della obbligazione solidale, che egli considera come una obbligazione alternativamente condizionale ed è per questo che essa non può venir accettata. Resta sempre quindi la contradizione fra il principio fondamentale e l'applicazione.

21. Ma checchè sia delle inconseguenze e delle contradizioni in cui il legislatore nostro è caduto, noi abbiamo nell'art. 1286 del codice civile un testo formale di legge che dobbiamo rispettare per quanto erroneo: *dura lex, sed tamen lex*; dobbiamo quindi rigorosamente applicarlo nello svolgimento delle norme che regolano questo instituto.

La compensazione, giusta l'art. 1286, si fa di diritto in virtù della legge, ed anche senza saputa dei debitori, al momento stesso della contemporanea esistenza dei due

debiti che reciprocamente si estinguono per le quantità corrispondenti. Ciò significa, secondo la mente dei redattori del codice, che la compensazione si verifica nell'istante in cui nasce il credito opposto compensabile, senza che sia necessario alcun atto da parte di coloro che sono reciprocamente creditori e debitori nello stesso tempo, che non è necessario insomma che venga dalle parti opposta la compensazione come una eccezione, sicchè l' allegare in giudizio la compensazione è necessario soltanto affinchè il giudice possa conoscere la sua esistenza, nello stesso modo come si allega il fatto del pagamento, *neque enim iudex divinare potest*.

Nè mancano calorosi difensori di questo sistema. Si dice infatti a suo favore che la dottrina della compensazione legale è la più equa, come quella che fissa irrevocabilmente i diritti delle parti, perocchè esse sanno di essere reciprocamente liberate, di non aver più interessi da esigere o da pagare, nè prescrizione da temere. All'opposto la compensazione giudiziale, come quella che dipende da colui che sa riservarsi la parte di convenuto, richiede liti e spese, genera incertezze e danni gravissimi. Guardate, si dice, col sistema della compensazione giudiziale, questa non si verifica finchè non venga pronunziata dal magistrato; fino alla sentenza quindi ciascuna delle parti conserva il diritto di cedere il suo credito; or supponete che sopravvenga un pignoramento, o il fallimento chi potrá risarcire i danni che ne seguiranno? Nè si obbietti che tutti questi inconvenienti si evitano mediante la retroattività, perchè codesta retroattività è l'effetto naturale della compensazione legale trasportato nel campo della compensazione giudiziale. Vi ha poi un danno al quale questa retroattività non può arrecare rimedio ed è quello della prescrizione. Supponete che una persona non

domandi il suo credito, perchè obbligata essa verso il suo debitore, essa induce una duplice liberazione dalla coesistenza dei due debiti e giudica inutile d'intentare un giudizio; intanto si compie a suo danno la prescrizione, chi potrà indennizzarla? Nè solo l'interesse delle parti, ma anche i diritti dei terzi vengono meglio tutelati col sistema della compensazione legale. I fideiussori, i creditori ipotecari ed i terzi in generale hanno diritto di non vedere eternato un debito, il cui debitore poteva liberarsi nel modo il più semplice. L'interesse dei terzi non può essere sacrificato a quello delle parti; ora quella retroattività di effetto, che si vorrebbe introdurre per rimediare agl' inconvenienti che derivano dalla compensazione giudiziale, opera del tutto a danno dei terzi e per conseguenza non può ammettersi avendo questi un vero diritto d' esigere che la loro sorte non vaghi nell'incerto e di non essere esposti al timore di ingrate sorprese (1). Son questi gli argomenti che esagerando si adducono a difesa del sistema della compensazione legale sancito dal codice nostro ad imitazione del francese. A noi sembra di aver già abbastanza chiaramente esposto le ragioni che militano contro di esso specialmente per le contradizioni cui si riesce nella sua applicazione. Sarebbe quindi superfluo che noi ci occupassimo di nuovo a dimostrare le gravi pecche del sistema: vogliamo solo aggiungere che gli stessi ammiratori del sistema della compensazione legale riconoscono francamente le molteplici contradizioni ed inconseguenze cui da luogo questo sistema.

Del resto quali che siano i difetti di questo sistema,

(1) Così Desjardins, *De la compensation et de demandes reconventionnelles* — Introduction pag. XX e segg. — Laurent, *Principes de droit civil francais* tom. XVIII n. 381 pag. 407.

dal punto di vista positivo a noi poco deve importare; se si trattasse di fare un codice nuovo, potrebbe senza dubbio discutersi intorno alla preferenza da darsi a questo od a quell'altro sistema, ma ora che quel principio sta scritto nel codice, noi non possiamo far altro che applicarlo rigorosamente in tutti quei casi in cui la lettera e lo spirito della legge lo impongono. Non ci resta quindi che notare le conseguenze pratiche che derivano dal principio della estinzione di pien diritto operata dalla compensazione.

22. Poichè, secondo il sistema sancito dal codice nostro, la compensazione opera di pien diritto *in virtù della legge*, anche *ad insaputa* dei debitori, è chiaro che la prima e principale conseguenza pratica che dovrebbe derivare da questo principio è questa, che cioè perchè venga riconosciuta dal magistrato non è necessario che una delle parti l'abbia domandata, ma basta che essa risulti dagli atti della causa. Il giudice quindi ha l'obbligo di pronunziare *d'ufficio* la compensazione quando essa sia un fatto giudizialmente constatato. Ma qui noi vogliamo notare che in pratica questo effetto potrà assai difficilmente, e forse anche mai, realizzarsi. Partendo per fil di logica dal principio enunciato, il magistrato *deve* pronunziare la compensazione, anche se questa non venga domandata, purchè risulti dagli atti processuali. E sta bene. Ma come mai risulterà essa dagli atti della causa se questo non avvenga per fatto della parte? Il giudice non è mica un indovino che possa sapere se fra le parti contendenti corrono reciproci rapporti di debito e di credito. Questo non accade soltanto rispetto alla compensazione, ma anche rispetto ad altri modi di estinzione, come sarebbe il pagamento. Il pagamento estingue il debito; ma perchè il giudice pronunzii la estinzione, e rigetti in con-

seguenza l'azione ingiustamente spiegata, la parte, che lo invoca a suo favore, deve allegarlo. Così per la compensazione. Non sarà certo necessario che la parte, la quale ha interesse che si verifichi la compensazione, proponga una domanda formale, potrà farlo con una semplice domanda in via di osservazione, o per meglio dire, chiamerà l'attenzione del magistrato sulla esistenza della compensazione; ovvero basterà che essa alleghi il documento comprovante la esistenza di un credito opposto compensabile, inserendolo fra gli atti della causa, ma sarà sempre necessario che la parte ponga dal canto suo un qualche atto per avvertire il magistrato dover lui dichiarare la compensazione. Ciò posto, a che cosa si riduce nella pratica realtà l'obbligo del giudice di dichiarare la compensazione di ufficio, anche indipendentemente dalla domanda delle parti? A nient'altro che ad una sofistica sottigliezza che solo i seguaci di una sfatata scolastica medioevale potrebbero con tanta serietà sostenere. Non sarebbe quindi stato molto meglio dichiarare apertamente che la compensazione deve essere opposta per domanda della parte sotto forma di *eccezione* alla domanda avversaria, come sentenziò, sebbene contrariamente alla lettera della legge, la Corte di appello di Brescia? (1). La legge e gli scrittori hanno un bel dichiarare che il giudice *deve* pronunziare la compensazione *d'ufficio*; il fatto e la pratica s'impongono alla legge e la fanno divenire lettera morta. Abbiamo quindi nella legge enunciato un principio, che rimarrà nella maggior parte dei casi una astrazione pura e semplice.

23. Un'altra conseguenza che deriva dal principio che la compensazione produce le estinzione *ipso iure* dei due

(1) Sentenza 20 febbraio 1868, Bettinelli contro Marazzi (*Bettini*, XX, 2, 70).

crediti, conseguenza chiaramente enunciata dall'art. 1286 del codice civile, si è che essa ha effetto dal momento stesso in cui i due crediti cominciarono ad esistere contemporaneamente, purchè, beninteso, vi concorressero tutti i requisiti dalla legge voluti per che la compensazione si verifichi (1). Questo effetto retroattivo peraltro deriva non solo dal sistema della compensazione legale, ma anche dall'altro sistema che non riconosce compensazione se non per domanda della parte. Imperocchè, come Dernburg avverte, ogni eccezione perentoria rende il credito, contro il quale si allega, inefficace fin dal momento in cui essa è nata, ossia fin dal momento in cui il convenuto ha acquistato il diritto di proporla; qualsivoglia eccezione quindi opera estintivamente *ex tunc* in guisa che da quel momento il credito non è più dovuto (2). Se la parte ha ritardato ad esercitare il diritto di compensazione, ciò non può certo significare che essa abbia rinunziato tacitamente a valersi di questo diritto (3).

24. È pure conseguenza del principio enunciato nel-

(1) In questo senso ha deciso la Corte di cassazione di Napoli 31 gennaio 1874 causa Cappelli contro Visca (*Legge* XIV, 1,600). V. anche Corte di Appello di Casale 30 decembre 1867 Rebizzo contro Moscheri (*Gazzetta dei tribunali* di Genova XX, 1,201).

(2) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 35 pag. 301. — Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* vol. II § 394, nota 4.

(3) Secondo Unger (*Oesterreichisches Privatrecht* vol. II p. 490 seg.) ciò che spiega l'effetto retroattivo della compensazione domandata dalla parte sarebbe la presunzione che la parte abbia voluto opporre la compensazione non appena essa sia divenuta possibile. Secondo il dotto scrittore austriaco, vi hanno fatti giuridicamente estintivi che operano immediatamente, ma hanno l'effetto dell'estinzione soltanto se lo vuole l'obbligato. Tali fatti hanno per effetto di estinguere un credito, ma questo effetto dipende dalla volontà delle parti. Essi operano per propria efficacia, ma soltanto in virtù di un atto di chi ne ha il diritto. Ma sono queste sottigliezze, che non reggono ad un ponderato esame.

l'art. 1286 del codice civile la distinzione fra le due specie di compensazione, *legale* cioè e *facoltativa*. Poichè la compensazione, secondo il sistema della legge, avviene in virtù della legge stessa, è chiaro che in tutti quei casi in cui la compensazione dipende dal fatto di una delle parti, vi ha una specie di compensazione ben diversa da quella contemplata dal codice (1) e che si chiama *facoltativa* in opposizione a quella che si opera necessariamente in virtù della legge. Questa compensazione facoltativa ha luogo, come avemmo già occasione di accennare (2), in quei casi in cui da una parte mancano le condizioni richieste dalla legge perchè si verifichi la compensazione legale in guisa che la parte, la quale potrebbe valersi a suo favore della loro mancanza, ha il diritto di riuunziare alla sua prerogativa e di opporre essa stessa quella compensazione che a termini di legge non compete (3).

25. Son queste le conseguenze che derivano dal principio sancito dall'art. 1286, del codice civile. Ora è necessario esaminare quali sono le condizioni necessarie perchè si verifichi la compensazione legale.

(1) Dernburg, op. cit. § 34 pag. 297 e 298.
(2) Vedi sopra n. 13.
(3) Marcadè, *Explication du code Napoleon* sur l'art. 1299 n. 851.

ART. I.

Condizioni della Compensazione legale.

—

SOMMARIO.

26. Enumerazione delle condizioni necessarie per la compensazione legale.

26. Perchè la compensazione possa verificarsi in virtù di legge, questa vuole che essa sia fornita di certe determinate condizioni, alcune delle quali sono *subiettive*, relative cioè alle persone fra le quali la compensazione avviene, altre invece *obbiettive* cioè proprie dei crediti fra i quali la compensazione si compie. Le condizioni che la legge richiede, quali emergono dagli art. 1285 e 1287 del codice civile italiano, sono quattro; vale a dire: 1° la reciprocità della qualità di debitore e di creditore nelle persone fra le quali avviene la compensazione; 2° la esigibilità dei crediti; 3° la omogeneità degli oggetti che si debbono prestare in ciascuno dei due crediti che si oppongono in compensazione; 4° la liquidità dei crediti stessi. Ciascuna di queste condizioni verrà da noi separatamente esaminata insieme alle applicazioni pratiche cui danno luogo.

§. I.

RECIPROCITÀ DEI CREDITI.

A. *Analisi del principio della reciprocità e sue applicazioni ai diversi casi, specialmente a quelli del mandato, della fidejussione e della solidarietà.*

SOMMARIO.

27. In che cosa consiste la reciprocità. — Suo scopo. — Essa si fonda sulle disposizioni di legge.

28. Critica sulla redazione dell'art. 1285 del Codice civile. — Equivoci cui può dar luogo. — Si confuta l'opinione di alcuni scrittori a questo proposito.

29. Il convenuto non può invocare contro l'attore la compensazione mediante il credito di un terzo, sebbene quest'ultimo vi acconsenta. — Si dimostrano ingiuste le critiche sollevate contro questa regola.

30. Questa regola si applica anche nei rapporti fra rappresentante, rappresentato e terzi.

31. Applicazione della medesima al caso del tutore.

32. Specialità che si verifica rispetto al commissionario. — Essa non è una deroga, ma una conferma delle norme del diritto comune.

33. Quando e come può opporsi al committente la compensazione. Questa questione ha luogo soltanto nel caso di fallimento del commissionario. — Sviluppo della proposta questione.

34. Se possa il committente valersi della compensazione operatasi fra il commissionario ed il terzo.

35. Della compensazione nei rapporti patrimoniali fra coniugi. Può il marito compensare i debiti proprii coi crediti della moglie verso un terzo? — Si confuta un'opinione di Troplong — Il debitore della moglie può opporle in compensazione i crediti che esso ha verso il marito?

36. Il debitore principale di regola non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fidejussore. — In qual caso egli possa opporla.

37. Il fidejussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale. — Per quali ragioni.

38. Il debitore in solido può opporre al creditore la compensazione col credito di un altro condebitore solidale? Si distinguono diverse ipotesi relative alla solidarietà *passiva*.

39. Si risolve una questione speciale relativa al fidejussore obbligato in solido.

40. Si esaminano alcune questioni concernenti la solidarietà *attiva*.

27. La condizione, che può dirsi fondamentale, della compensazione legale, in quanto riguarda le persone, è la *reciprocità* della qualità di creditore. Questa condizione è richiesta dallo scopo stesso a cui la compensazione è ordinata. E per vero, poichè essa mira ad evitare l'ingiustizia che vi sarebbe se una delle parti potesse riscuotere ciò che essa non paga nello stesso tempo a quello che è reciprocamente obbligato verso di lei, è chiaro che la qualità di creditore vuol essere reciproca in ambedue le persone fra le quali la compensazione si verifica. Qualora si riconoscesse nel debitore il diritto di compensare col debito che un terzo ha verso di lui e di opporlo al proprio creditore, chi non vede come la compensazione, invece di essere una misura di giustizia, servirebbe invece come un mezzo per violare i legittimi diritti dei terzi?

Questa condizione della reciprocità, non solo risulta dalle leggi romane, secondo le quali: *eius quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest;* (1) ma eziandio dal testo dell'art. 1285 del codice civile italiano, il quale dispone: » Quando due sono *debitori l'uno dell'altro* ha luogo tra essi una compensazione ecc. »

28. Si è però osservato, e non a torto, che questa disposizione è troppo vaga, e formola inesattamente uno

(1) L. 9 cod. *De compensationibus*.

dei principii più importanti in materia di compensazione. Perchè infatti si verifichi la compensazione non basta che due persone siano debitrici l'una verso l'altra; anche il fideiussore è debitore di quello a favore del quale egli guarentisce un debitore principale, e tuttavia, se esso acquistasse un credito verso di lui, non per questo la compensazione si verificherebbe, non potendo il debitor principale opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fideiussore (1).

Nè a togliere l'inesattezza di questa disposizione basta la formola messa innanzi da Toullier (2) e da Duranton (3), che cioè perchè esista la reciprocità è necessario che i crediti ed i debiti compensabili siano *personali* a quello che oppone la compensazione ed a quello a cui essa viene opposta. Perocchè a mostrare come ciò sia inesatto basta anzitutto il considerare che anche il debito risultante dalla fideiussione è personale al fideiussore e tuttavia esso non si compensa con il credito di lui. Inoltre accade spesso che la compensazione sia opposta da terzi ai quali i crediti ed i debiti compensati non erano affatto personali. Il principio quindi formulato da Toullier e da Duranton confonde insieme due casi assolutamente distinti, quello cioè in cui la compensazione si compie, e quello in cui la compensazione già compiuta è invocata in giudizio.

Molto meglio è stato detto che affinchè si verifichi la condizione della reciprocità è necessario che il creditore di una delle obbligazioni sia debitore *personale* e *principale* dell' altra obbligazione, e reciprocamente, il

(1) Cod. civ. italiano art. 1290.
(2) *Le droit civil français* tom. VII n. 375.
(3) *Cours de code civil* tom. XII n. 413.

creditore di questa debba essere debitore *personale* e *principale* di quella. (1)

29. In virtù del principio della reciprocità, il convenuto non può invocare contro l'attore la compensazione mediante il credito di un terzo, sebbene questo terzo acconsenta che il suo credito venga adoperato a questo scopo. Lo dice chiaramente Papiniano nella l. 18 § 1 D. *De compensationibus: « creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum proprium velit compensare. »*

Toullier però ha osservato, sulle traccie di Barbeyrac (2), contro questa regola che ammetterla è un voler spingere troppo oltre la sottigliezza; dappoichè, in sostanza, sarebbe lo stesso che se il creditore avesse ceduto il suo credito al debitore, che l'oppone in compensazione (3). Né è mancato chi l'abbia tacciata a dirittura siccome ingiusta, dovendosi considerare come indifferente che il debitore paghi o compensi (4).

Ma contro queste obbiezioni Dernburg fa saviamente riflettere che la compensazione ed il pagamento, sì teoricamente che praticamente, non possono considerarsi come due instituti identici. Dappoichè il pagamento può farsi da un terzo anche contro volontà del creditore (5); la

(1) Aubry e Rau *Cours de droit civil français* tom. III § 326 nota 19 pag. 159 — Desjardins, *De la compensation* n. 107 p. 361 e seg. Larombière, *Théorie et pratique des obligations* tom. II pag. 359 sull'art. 1291 n. 2 (Edizione Bruxelles). Laurent, *Principes de droit civil français* vol. XVIII n. 419 pag. 431 e 432.

(2) Su Puffendorf, *Diritto di natura e delle genti* lib. V capitolo 11 § 5 nota 3.

(3) *Le droit civil français* tom. VII n. 375 nota 1.

(4) Voet, *Comment. ad Pand.* tit. *De compens.* n. 8.

(5) L. 53 Dig. *De solutionibus et liberationibus.*

compensazione senza il consenso del creditore non può farsi da un terzo. E per buone ragioni. Il pagamento fatto da un terzo al creditore mette a disposizione di questo l'oggetto dell'obbligazione e per tal modo, come dice Gaio, *inviti meliorem conditionem facit;* il che per diritto civile è sempre permesso (1); costringere invece il creditore a compensare col credito di un terzo è forzarlo ad impiegare il suo credito per soddisfare quel terzo creditore, senza giusto motivo, essendo canone di ragion civile che: *Non potest alteri per alterum iniqua conditio inferri.* (2)

Nè vale obbiettare, come fa Larombière (3), riproducendo il concetto di Voet, che al creditore deve essere indifferente di esser pagato con uno sborso effettivo di denaro o mediante la compensazione, che tien luogo del pagamento effettivo; perchè, se il terzo intervenendo lo pagasse effettivamente in nome e per conto del debitore, egli in qualità di creditore, riprenderebbe immediatamente con una mano quello che avrebbe pagato coll'altra. Infatti è sempre vero che secondo l'art. 1285 perchè la compensazione legale si verifichi è necessaria la condizione di reciprocità, la quale nel caso presente fa assolutamente difetto. Qui adunque, come lo stesso Larombiére riconosce si tratta tutt'al più di una semplice compensazione *facoltativa;* ma se la compensazione è tale, come mai può sostenersi a tenore dei principii che il creditore possa esser suo malgrado costretto ad accettare siffatta compen-

(1) Citata l. 53 D. *De solutionibus.*

(2) Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation* § 45. Nello stesso senso vedi Bersano, *De compensationibus* Cap. III quaest. 1 pag. 171.

(3) *Traité des obligations* tom. II p. 382 sull'art. 1293 n. 18 (Ediz. Bruxelles).

sazione? Bisogna dunque deviare dal retto tramite dei principii, come vorrebbe fare il Larombière. Ma per far questo bisogna dar di frego alla disposizione dell'art. 1285 del codice civile, il che è impossibile. Finchè vi sarà questa disposizione, la reciprocità sarà sempre una condizione indispensabile della compensazione legale, che deve rispettarsi in tutte le sue più rigorose conseguenze. (1)

Del resto non vi ha in questo caso alcuna necessità di violare la santità dei principii; perocchè non mancano al terzo creditore mezzi idonei per venire in soccorso di questo debitore. Chi può vietargli di cedere al debitore il suo credito? Ciò posto, quando la cessione sia avvenuta ed il debitore l'abbia notificata al suo creditore, la compensazione legale fin da questo momento si sarà compiuta; dappoichè si è verificata, mediante la cessione, la condizione di reciprocità voluta dalla legge; il debitore è divenuto a sua volta creditore del suo creditore. Nè può considerarsi come una durezza che il creditore sia per tal guisa costretto a compensare il suo credito con quello di un terzo. Perchè la compensazione è un effetto naturale dell'avvenuta cessione del credito, la quale a lui fu debitamente notificata (2).

Donde si deduce ancora che in questo modo rimane completamente intatto il principio della reciprocità; perocchè se in questo caso si può compensare mediante il credito di un terzo, ciò si verifica soltanto in virtù del nuovo atto giuridico, che sorge posteriormente, cioè della cessione.

E qui, in via di semplice osservazione, notiamo che

(1) Nel senso da noi sostenuto ha deciso la Corte di Liège, 3 agosto 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 78).

(2) Dernburg op. cit. § 45 pag. 378 — Laurent. *Principes de droit civil* XVIII n. 420 pag. 433.

quando il debitore, al quale fu ceduto un credito per opporlo in compensazione, abbia notificato la cessione al suo creditore, a tenore dell'art. 1539 del codice civile, il terzo che ha ceduto il suo credito non ha più il diritto di ricevere il pagamento del credito ceduto, nè di domandarlo giudizialmente, non potendo naturalmente lo stesso credito servire nel medesimo tempo a due scopi assolutamente diversi. Che anzi, supposto che il terzo cui spettava di opporre la compensazione non se ne sia prevalso, ovvero per sentenza il credito sia stato dichiarato non compensabile, il creditore, che ha fatto la cessione, non può per questo rientrare nei suoi diritti in guisa da doversi considerare siccome non avvenuta la cessione. Ad un altro pericolo si espone inoltre il terzo creditore con questa cessione. Suppongasi che il cessionario abbia in giudizio opposto contro il suo creditore la compensazione di questo credito a lui ceduto ed il magistrato abbia rigettato la compensazione dichiarando la inesistenza giuridica del credito, il cessionario potrà opporre in seguito al cedente l'*exceptio rei judicatae* qualora egli domandasse a lui il pagamento di quel credito. Imperocchè, come Dernburg avverte, in questo caso il cedente nell'accordare espressamente il suo consenso perchè il credito venisse opposto in compensazione, permise implicitamente che venisse portato in giudizio; in virtù di questo implicito consenso quindi la sentenza, che ha dichiarato quel credito giuridicamente inesistente, spiega la sua efficacia giuridica anche contro il cedente. (1)

30. Il principio sancito dall'art. 1285 del codice civile, secondo il quale la compensazione non può aver luogo che fra due persone *reciprocamente debitrici* l'una

(1) Dernburg op. cit § 45.

dell'altra, si applica ad ogni sorta di persone; esso spiega la sua efficacia anche rispetto a coloro che rappresentano la persona altrui, o amministrano l'altrui patrimonio.

È noto che i contratti stipulati per mezzo di rappresentante hanno per effetto di far acquistare al rappresentato i diritti e di fargli assumere gli obblighi derivanti dal contratto stipulato dal rappresentante in suo nome e per suo conto, come se avesse agito lo stesso rappresentante. Ciò posto si domanda, potrà l'altro contraente opporre in compensazione al rappresentato i crediti che esso ha verso il rappresentante che ha agito in nome e per conto altrui; e viceversa potrà il rappresentante valersi dei crediti del suo rappresentato per compensarli coi debiti proprii a fronte del suo creditore?

In quanto alla prima questione, se cioè il debitore possa valersi contro il suo creditore dei crediti che egli ha contro il rappresentante di lui e domandarne la compensazione quando quest'ultimo si presenta a domandarne il pagamento in nome del suo rappresentato, è chiaro essere impossibile ammettere la compensazione. Il debitore in questo caso non è creditore del rappresentato, ma bensì del rappresentante. Quest'ultimo nel domandare il pagamento non si presenta come debitore del terzo, ma come rappresentante del creditore. Manca quindi il requisito della reciprocità; mancanza che rende la compensazione assolutamente inammissibile. (1)

Queste norme, che si applicano ai rappresentanti in generale, valgono anche per i mandatarii in ispecie. Epperò il terzo debitore non può valersi dei crediti, che esso ha contro il mandatario per compensarli coi debiti che ha

(1) Bersano, *De compensationibus* Cap. III, quaest. 14 n. 14 pag. 217. — Tyndarus, *De compensationibus* art. VII n. 6. Dernburg, *Compensation* § 46.

verso il mandante. Così la Cassazione francese ha deciso in un caso speciale, che quegli il quale per mezzo di un mandatario ha ricevuto delle cambiali tratte all'ordine di questo mandatario per negoziarle, non può compensare il valore portato da queste cambiali, con il suo credito verso il mandatario, essendochè egli non ha contrattato con questo mandatario nel suo nome personale e come proprietario delle cambiali, ma come semplice rappresentante. (1)

Per ciò che concerne la seconda questione, se cioè possa il rappresentante valersi dei crediti del suo rappresentato per compensarli coi debiti proprii quando il creditore suo particolare gliene domandi il pagamento, è indubitato che anche in questo caso la compensazione non può ammettersi per mancanza di reciprocità. È chiaro infatti che, ove la compensazione si ammettesse, si costringerebbe il creditore a compensare il súo credito con ciò di cui è debitore verso un terzo, contro la regola espressa da Papiniano: *creditor compensare non cogitur quod alii, quam debitori suo debet* (2); si offenderebbe insomma il principio della reciprocità. Perocchè se è vero che nel rappresentante si riunisce il debito ed il credito, essendo egli incaricato di esigere il credito spettante al suo rappresentato, tuttavia è sempre vero che il rappresentante non è creditore in proprio nome del suo creditore. Ora perchè la compensazione si verifichi, non basta che il debitore possa in qualunque modo dimandare al suo creditore il pagamento di un altro credito, ma è necessario che abbia diritto di domandare questo credito in nome e per conto

(1) Cass. francese 10 gennaio 1825 (*Sirey* 8, 1, 8).
(2) Citata l. 18 § 1 D. *De compensationibus*.

proprio; in altri termini che il credito, che egli contrappone, sia a lui *personale*. (1)

31. Posti questi principii è facile dedurne le conseguenze che debbono applicarsi ai casi speciali. Così trattandosi di un tutore, egli non potrà valersi del credito del suo pupillo per opporlo in compensazione al suo creditore e così saldare i suoi debiti personali. In questo caso non solo mancherebbe la condizione della reciprocità, ma altresì, il tutore impiegherebbe in modo illegittimo il patrimonio del pupillo a proprio vantaggio, in quanto che invece di far entrare nel patrimonio di lui il valore rappresentato dal credito, egli si costituirebbe debitore del proprio pupillo. (2)

Se non che può domandarsi, come fa Dernburg, se una tale compensazione abbia a ritenersi valida qualora il tutore la facesse per procurare al proprio pupillo la realizzazione di un credito verso un debitore non troppo sicuro. La risposta negativa anche in questo caso non può esser dubbia se si parte dal rigore dei principii; anche in questo caso fa difetto quella reciprocità che è condizione essenziale della compensazione. Questa compensazione potrebbe farsi dal tutore, anzi secondo Dernburg, egli sarebbe tenuto a farla, nel solo caso che l'autorità da cui dipende il pupillo, come sarebbe il consiglio di famiglia, avesse riconosciuto la necessità di ricuperare il credito in questo modo. É evidente però, secondo me, che, anche malgrado siffatta autorizzazione, il tutore non potrebbe valersi del credito del pupillo per opporlo in compensazione se non abbia preceduto una regolare cessione del credito;

(1) Bersano, *De compens.* cap. III quae n. 14. n. 9 e segg. pag. 217 — contra Faber in Codicem lib. IV tit. 23 defin. 17.

(2) Toullier, *Droit civil* tom. VII pag. 403. — Dernburg, op. cit. § 46 pag. 384.

perchè, avvenuta questa e notificata al suo creditore, egli nella sua qualità di cessionario del pupillo potrebbe opporre in compensazione il credito a lui ceduto dal pupillo coll'autorizzazione delle persone e del magistrato designati dalla legge. (1)

32. Le norme che valgono per diritto civile rispetto ai rappresentanti in generale ed in ispecie riguardo ai mandatarii, non si applicano però ai commissionarii, per la natura diversa del contratto di commissione e degli effetti giuridici che ne derivano rispetto ai terzi.

È noto che il commissionario fa atti di commercio in proprio nome, ma per conto di un committente e che egli è direttamente obbligato verso coloro coi quali ha contrattato, come se l'affare fosse suo, di guisa che nè il committente ha azione contro coloro c·i quali il commissionario ha contrattato, nè questi hanno azione contro il committente. (2) Posti questi principii, che sono espressamente sanzionati dalla legge positiva, è fuori di dubbio che la compensazione può farsi fra il debito di un commissionario verso un terzo col debito che questo terzo ha verso il commissionario, sebbene per conto del committente e viceversa il debito che un commissionario ha verso un terzo per conto del committente, si compensa col debito personale del terzo verso di lui.

Nè questa può considerarsi come una deroga alle norme del diritto comune, perchè è anzi piuttosto l'applicazione rigorosa delle medesime ad un caso speciale. Il commissionario che agisce in nome proprio, sebbene per conto del committente, rispetto ai terzi coi quali contratta in proprio nome, si presenta come loro diretto creditore o

(1) L. 96 pr. D. *De solutionibus* cfr. L. 20 § 1. L. 34 § 1. L. 22 D. *De admin. tutorum.*

(2) Cod. di commercio art. 68, 69 e 70.

debitore, quindi la compensazione si verifica fra un credito *proprio* del commissionario ed il credito del terzo. Nel caso del mandatario invece questi non si presenta come creditore in nome proprio, ma come incaricato del mandante; manca quindi nel caso del mandatario quella reciprocità che s'incontra in quello del commissionario. (1)

Questi principii peraltro si applicano soltanto nel caso che il commissionario operi veramente come tale, vale a dire che non abbia palesato o fatto conoscere in qualsivoglia modo il nome del committente. Infatti quando ciò avvenisse, egli non agirebbe più in nome proprio, ma in nome del committente e poichè in tal caso, per espressa disposizione di legge, i suoi diritti e doveri, *anche verso i terzi*, sono determinati dal codice civile nel titolo *Del mandato,* (2) si comprende che non può più aver luogo la compensazione fra i crediti dei terzi ed i crediti per cui egli agisce in nome del committente. (3) Eccettuato questo caso, è fuori di dubbio che il commissionario, il quale si sia tenuto nei limiti della commissione, può opporre ai terzi la compensazione coi crediti per conto del committente, la quale compensazione si opera di pien diritto, verificandosi fra persone, i cui crediti, che reciprocamente si estinguono, sono riputati personali.

33. Tuttociò nei rapporti giuridici fra commissionario e terzi coi quali esso ha compensato. Ma qui si domanda: quando ed in qual modo può opporsi al committente la compensazione che si è verificata fra i crediti che professa

(1) In questo senso vedi Casaregis Disc. 135 n. 1 e segg. il quale però nel dare questa decisione non si fonda sulla vera ragione della compensazione fondandosi sull'interesse del commercio. Consulta Massè, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil.* tom. IV. n. 2286 pag. 187 (ed. 3.).

(2) Cod. di commercio art. 71.

(3) Casaregis Disc. 135 n. 3 e Disc. 75 n. 28.

il commissionario per conto del committente ed i debiti proprii del commissionario? Tutto l'interesse di questa questione si palesa nel caso di fallimento del commissionario, perchè se questi sia in grado di soddisfare ai suoi obblighi, sia cioè in istato di solvibilità non vi ha alcun interesse a sapere quando e come la compensazione siasi operata fra lui ed il terzo col quale esso ha contrattato per conto del committente. Quando invece il commissionario sia caduto in istato di fallimento, siccome il committente, in virtù dell'art. 688 del codice di commercio, ha il diritto di rivendicare le merci che egli ha consegnato al commissionario fallito per esser vendute per proprio conto, ovvero di rivendicare il prezzo di queste merci finchè esso si trova nelle mani del terzo debitore, è chiaro quanto sia importante conoscere il momento preciso in cui la compensazione si è verificata; perchè se, prima che avvenisse il fallimento, il prezzo fu pagato al commissionario o servì per compensare i suoi debiti personali, essendosi confuso coll'attivo del fallimento, non può più esser rivendicato dal committente. In altri termini la questione si riduce a sapere se in questo caso la compensazione si operi di pien diritto, ovvero abbia efficacia riguardo al committente soltanto se per parte del commissionario e del terzo sia intervenuto un atto che dimostri la loro volontà di compensare.

V'ha chi sostiene che nel caso di fallimento del commissionario la compensazione non abbia effetto riguardo al committente se fra commissionario e terzo non sia intervenuto un atto che riveli la volontà di compensare, cioè una convenzione espressa o tacita anteriore al fallimento del commissionario. Per conseguenza, secondo tale opinione, questa compensazione non si opera *ipso iure*, ma per reciproca volontà delle parti fra le quali si compie,

o per un fatto che riveli questa volontà, o per sentenza del magistrato. Qualora la compensazione non sia avvenuta in uno di questi tre modi e prima del fallimento, i terzi non potranno valersi della compensazione contro il commissionario, sotto pretesto che essa si è operata di pien diritto.

A fondamento poi di questa opinione si allega l'art. 688 del codice di commercio, che accorda al committente in caso di fallimento del commissionario, il diritto di rivendicare il prezzo delle merci consegnate al commissionario perchè fossero vendute, quando non sia stato pagato in denaro od altrimenti, nè *compensato in conto corrente* fra il fallito e il compratore. Dal che s'inferisce che la legge fra il commissionario fallito ed il compratore non riconosce altra specie di compensazione all'infuori di quella che si è verificata in conto corrente. È questa l'opinione dei Sigg. Delamarre e Lepoitvin. (1)

Se non che è facile rilevare il falso punto di partenza di questa opinione. « Se la compensazione, scrive il Massè, non ha luogo nella specie prevista per la sola forza del diritto, *ipso jure*, come avrebbe essa luogo in seguito di una presunzione di volontà che è precisamente la base giuridica della compensazione di pien diritto? Ciò che bisogna dire si è che il commissionario ed il terzo col quale egli contratta in suo proprio nome per conto del committente, essendo rispettivamente debitori l'uno verso l'altro, poichè la persona del committente si nasconde nelle operazioni del commissionario, vi è debito reciproco, *hinc inde debitum compensabile*, e che da questo momento si opera una compensazione necessaria e di pieno diritto alla

(1) *Traité du contrat de commission* tom. II n. 275 e segg.

quale l'avvenimento ulteriore del fallimento del commissionario non potrebbe arrecare alcuna modificazione. » (1)

D'altra parte poichè, come lo stesso Massè osserva, tutto il ragionamento dei Sigg. Delamarre e Lepoitvin in sostanza si riduce a dire che la compensazione in questo caso deve farsi di buona fede ed in tempo opportuno, e che l'art. 688 del codice di commercio non può considerarsi limitato alla sola compensazione per conto corrente, non si tratta più evidentemente di una compensazione convenzionale, ma di una compensazione legale vera è propria. Difatti poichè, secondo noi, in questo caso la compensazione si opera *ipso jure* fra due debiti reciproci, la cui scadenza è anteriore al fallimento, non può dubitarsi che essa sia una compensazione di buona fede e che opera in tempo opportuno. Qui non si deve ricercare altra cosa se non che i due debiti abbiano una data tale che abbiano potuto concorrere insieme ed estinguersi contemporaneamente. Il terzo quindi non può valersi della compensazione contro il committente se non dimostrando che egli era creditore del commissionario prima del fallimento e che nello stesso tempo egli era debitore del commissionario. Siccome poi i crediti reciproci dei commercianti per solito danno luogo ad un conto corrente, il quale dimostra per sè stesso la data e l'esistenza del credito, è naturale che l'art. 688 abbia accennato al mezzo più ordinario di far questa prova, senza escludere tutti gli altri mezzi di prova ammessi dal diritto commerciale. Non può quindi ragionevolmente sostenersi che l'art. 688 abbia in questo caso sostituito una compensazione facoltativa alla legale; esso richiede soltanto la reciprocità *provata* dei due de-

(1) *Le droit commercial dans ses rapports* etc. tom. IV n. 2289 pag. 190.

biti, in un'epoca in cui le parti avevano piena capacità giuridica. Per conseguenza il terzo col quale il commissionario ha contrattato può valersi anche a fronte dal committente della compensazione legale, avveratasi prima del fallimento del commissionario, e rimuovere per tal guisa la rivendicazione del committente. (1)

34. Come il terzo, col quale il commissionario ha contrattato, può valersi contro il committente della compensazione che si è operata fra il credito che il commissario professa per conto del committente ed il debito personale del commissionario, potrà viceversa il committente valersi della compensazione che si è operata fra il commissionario ed il terzo? Quando il commissionario contrae un debito per conto del committente, siccome lo contrae in nome proprio, egli può compensare questo debito col credito che ha verso l'altro contraente, che rispetto al committente, si presenta come terzo. Se questa compensazione fra commissionario e terzo sia in realtà avvenuta, niun dubbio che il terzo non possa pretender nulla dal committente il quale può quindi valersi contro di lui di quella compensazione; non può però valersene contro il commissionario, perocchè quest'ultimo, compensando il suo credito con quello del terzo, ha soddisfatto un debito del committente, il quale *locupletaretur cum aliena jactura* qualora potesse prevalersi di quella compensazione contro il commissionario, che per aver compensato è divenuto creditore di lui.

35. Il principio che la compensazione legale non può operarsi che fra due persone reciprocamente debitrici l'una dell'altra si applica eziandio nei rapporti patrimoniali

(1) Massè, op. cit. tom. IV. n. 2289 — Cass. francese 18 gennaio 1854 (*Sirey* 54, 1, 241).

fra coniugi? Potrà il marito compensare i suoi debiti personali coi crediti che ha la moglie verso il creditore di lui; e viceversa potrà il debitore della moglie opporre in compensazione i crediti che esso ha verso il marito? Prima di risolvere tali questioni, premetto che io limiterò il mio esame al regime dotale o di separazione dei beni, essendochè per nostro diritto il regime dotale è la regola e la comunione dei beni l'eccezione, rarissimo è del resto il caso che in Italia si stipuli la comunione dei beni; essa è un instituto straniero ai costumi italiani, nè accade quindi occuparsi degli effetti che esso produce in ordine alla compensazione nei rapporti coniugali. Solo ci occuperemo brevemente delle norme da cui è retto il regime dotale ed il sistema di separazione dei beni per dedurne le conseguenze concernenti la compensazione.

Secondo l'art. 1399 del codice civile il marito ha, durante il matrimonio, l'amministrazione ed il godimento dei beni dotali col diritto di rappresentare la moglie. Questa ne conserva la proprietà (1). Ciò posto veniamo alla risoluzione delle questioni proposte, ed anzitutto esaminiamo se il marito possa compensare i suoi debiti personali valendosi dei crediti che la moglie ha verso il creditore di lui. Secondo Troplong, il marito può compensare i proprii debiti coi crediti della moglie verso il proprio creditore. L'illustre magistrato per giustificare questa sua decisione osserva che il marito e la moglie sono una stessa persona, che i terzi contrattando colla moglie contrattano col marito; che per regola quando il mandatario ha agito in nome proprio i debitori possono compensare con lui il debito che essi hanno verso il mandante (2).

(1) Arg. art. 1401 cod. civile.

(2) *Du contrat de mariage* n. 3235 e segg. — Nello stesso senso Duranton op. cit. tom. XII n. 415 — Rodière e Pont, *Droit*

L'opinione del Troplong e degli scrittori che la seguono non ci sembra conforme ai principii che governano il regime dotale. Perchè siffatta opinione fosse vera, sarebbe necessario di stabilire come principio che il marito abbia, durante il matrimonio, la proprietà dei beni dotali. E difatti il Troplong si sforza a dimostrare codesto assunto. Ora, per quanto questa tesi possa esser controversa in diritto romano (1), egli è fuori di dubbio che per diritto civile italiano proprietaria dei beni dotali è soltanto la moglie, non essendo il marito che il rappresentante di lei (2). È chiaro quindi che proprietaria dei crediti dotali è soltanto la moglie e non il marito. La conseguenza di questi principii rispetto alla nostra questione è spontanea. Il marito non potrà dunque opporre i crediti dotali appartenenti a sua moglie in compensazione dei debiti proprii che egli ha verso il terzo creditore; perchè in questo caso manca la reciprocità, essendo egli pur troppo debitore, ma non creditore.

Nè si obbietti che avendo il marito, a tenore dell'articolo 1399 del codice civile, il diritto esclusivo di sperimentare tutte le azioni concernenti le ragioni dotali, non può considerarsi come un semplice amministratore, ma debba riguardarsi come creditore, in quanto egli può opporre in pagamento del suo debito l'azione diretta ad ottenere il pagamento del credito dotale, che può essere

civil tom. II n. 573 — Taulier, *Droit civil* Tom. V p. 260 — Corte di Grenoble 13 decembre 1823; Corte di Rouen 4 marzo 1837; Corte di Caen 18 luglio 1854.

(1) Vedi fra gli altri Tigestrom, *Das römische Dotalrecht* vol. I pag. 202 segg. Savigny, *System Des heutigen röm. Rechts* II § 72 p. 113, 118. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II § 496 nota 3. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* I, § 218, nota 1.

(2) Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano* vol. V n. 202 pag. 401.

sperimentata da lui soltanto. Con tale argomentazione si confondono due cose profondamente diverse; altro è infatti il diritto di intentare un'azione, altro avere la proprietà del diritto per cui si sperimenta l'azione. Anche il tutore può solo esercitare le azioni pei diritti spettanti al pupillo, eppure niuno, che abbia la più modesta cognizione del diritto, oserebbe dire che il tutore si presenta come creditore o come proprietario dei diritti spettanti al pupillo e per la cui conservazione egli agisce. Perchè dovrà decidersi diversamente rispetto al marito, che in sostanza la fa quasi da tutore e certo da amministratore del patrimonio di sua moglie? Il marito che agisce in giudizio per conservare o ricuperare i diritti dotali, non agisce in proprio nome, ma in nome e per conto di sua moglie proprietaria dei beni dotali e perciò non può considerarsi come creditore e quindi opporre in compensazione il credito dotale. Così si distrugge anche l'altro argomento accampato da Troplong che cioè, presentandosi il marito come mandatario in proprio nome, egli possa compensare i crediti del mandante coi debiti proprii (1).

I principii esposti nella risoluzione della prima questione valgono ancora per la seconda, se cioè il debitore della moglie possa opporre in compensazione contro il credito di lei i crediti che esso ha verso il marito. Per la decisione negativa sta sempre il riflesso che il debitore della moglie non è nello stesso tempo creditore di lei; manca quindi la reciprocità e per conseguenza la compensazione legale non può aver luogo (2).

(1) In questo senso Laurent, *Principes de droit civil.* tom. XVIII n. 422 pag. 432 e segg. Larombière, *Obbligations* tom. II p. 360 sull'art. 120 n. 4. (Ed. Bruxelles) — Corte di Bastia 26 febbraio 1855 (Dalloz. 1855, 2, 304).

(2) Bersano, *De compensationibus*. Capo III quaest. 16 n. 2 pag. 248.

Una tale compensazione dovrà molto più negarsi quando si tratti di beni parafernali della moglie; imperocchè è noto che la moglie ritiene il dominio, il godimento e l'amministrazione di questi beni (1), riguardo ai quali essa può fare tutti gli atti che sono in facoltà di ogni proprietario, salvo l'obbligo di ottenere l'autorizzazione dal marito o dal Tribunale nei congrui casi. E si noti che la compensazione non può operarsi tanto se si tratti di un credito che il debitore ha contro il marito e che opponga alla moglie creditrice di lui, quanto se si tratti di un credito della moglie che il marito volesse opporre contro il proprio creditore per compensare i suoi debiti personali, mancando in ambedue i casi la condizione di reciprocità anche nel caso che la moglie od il marito nei congrui casi prestassero il loro consenso, il che si spiega coi principii esposti superiormente. Perchè la compensazione si verificasse sarebbe necessario un atto di cessione che creerebbe *ex postfacto* quella reciprocità che manca fin dall'origine dei crediti.

36. Un'altra conseguenza del principio della reciprocità e del suo corollario naturale che non si può opporre in compensazione al proprio creditore il credito che si ha verso un terzo, si è che il debitore principale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fidejussore (2). E si comprende facilmente sol che si rifletta che ammettere la compensazione in questo caso a favore del debitor principale sarebbe lo stesso che obbligare il fidejussore a pagare in via di compensazione prima che la legge ve lo constringa. Vero è che il fidejussore è tenuto pel debito principale, e perciò può considerarsi

(1) Cod. civ. art. 1247.
(2) Cod. civ. art. 1290.

come debitore, in quanto è tenuto al pagamento nel caso che il debitor principale manchi all'adempimento dell'obbligazione; e potrebbe quindi obbiettarsi, come fa Mourlon (1), che divenendo il fidejussore creditore del creditore, poichè esisterebbe il requisito della reciprocità, dovrebbe verificarsi la compensazione *ipso iure*. Ma l'obbiezione svanisce del tutto se si abbia riguardo alla natura *accessoria* della fidejussione. Il fidejussore è certo tenuto al pagamento del debito; ma quando? Solo nel caso che il debitore principale non abbia pagato dopo di essere stato escusso dal creditore. La compensazione quindi non può verificarsi se non dal momento che sia constatata la insolvenza del debitor principale. Da questo momento, siccome il fidejussore diviene debitore del creditore, può opporgli la compensazione del suo credito. In somma il fidejussore può considerarsi quasi come obbligato *sotto condizione* che il debitore principale non paghi; finchè questa condizione non si verifica la compensazione non può aver luogo. Nè il debitor principale può invocare contro il creditore che lo ha convenuto in giudizio il principio: *dolo facit, qui petit, quod mox redditurus est;* perchè al creditore sarebbe facile il replicare che se dovrà restituire ciò che ora esige, non è a lui, debitore principale che la restituzione dovrà fare, ma al fidejussore che è tenuto in seconda linea (2).

Può tuttavia il debitor principale opporre al creditore la compensazione già operatasi nei rapporti fra fidejussore e creditore; il che accade nel caso che il creditore abbia convenuto direttamente il fidejussore e questi, rinunziando al *beneficium excussionis*, abbia opposto al creditore la com-

(1) *Répetitions sur le Code Napoleon* tom.II. n. 1455 p. 768.
(2) Molitor. *Les obligations en droit romain* tom. II. n. 1000 pag. 435. — V. anche Laurent, *Principes* tom. XVIII. n. 424 p. 437.

pensazione con un credito proprio. Non occorrono molte parole per ispiegare come ciò avvenga. Appena il fidejussore ha opposto la compensazione al creditore i due debiti sono rimasti estinti, quindi anche l'obbligazione del debitor principale è cessata. Nulla di più ragionevole adunque che il debitor principale opponga al creditore la compensazione avveratasi per volontà del fidejussore, il quale acquista da parte sua un diritto di regresso contro il debitore principale per ripetere il valore del credito opposto in compensazione a suo vantaggio (1).

37. Invece il fideiussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale. Questa regola, che è sancita espressamente dall'art. 1290 del codice civile, era già stata adottata dalle leggi romane. Gaio lib. IX ad Edictum Provinciale) scriveva: « *Si quid a fideiussore petatur, aequissimum est, eligere fideiussorem, quod ipsi, an quod reo debetur, compensare ma lit; sed et, si utrumque compensare malit, audiendus est* (2).

Ma com'è che il fideiussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitor principale? Non è questa una violazione del principio della reciprocità? In questo caso infatti abbiamo un debitore, il fideiussore, che oppone la compensazione, non già di un credito proprio, ma di un credito altrui, di quello cioè del debitor principale; in altri termini abbiamo un debitore che non è nello stesso tempo creditore e che, malgrado ciò, ha il diritto di opporre la compensazione.

Il principio della reciprocità, non può negarsi, in

(1) Duranton tom. XII n. 427 pag. 534 — Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 425 pag. 438. — Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation* § 54 p. 461.

(2) l. 5 D. *De compensationibus*.

questo caso non ha realmente luogo; ma è questo un effetto necessario del carattere speciale della fideiussione che produce un'obbligazione sussidiaria, la quale suppone necessariamente l'esistenza di un'obbligazione principale. Quando infatti il creditore sia divenuto debitore del debitor principale, i due debiti rimangono *ipso iure* estinti in virtù della compensazione; per conseguenza, rimasto così estinto il debito principale, il fideiussore è liberato non potendosi concepire un'obbligazione accessoria indipendentemente da un'obbligazione principale. Si comprende pertanto per qual ragione e le leggi romane ed il codice civile italiano abbiano riconosciuto nel fideiussore il diritto di invocare la compensazione col credito del debitor principale (1).

Ma se il fideiussore non si valga del diritto, che gli accorda l'art. 1290 del codice civile e per conseguenza ometta di opporre la compensazione coi crediti che appartengono al debitor principale, dovremo dire che per questo egli abbia perduto il diritto di regresso contro il debitor principale? Questa questione sorge naturalmente nel solo caso che il fideiussore conoscesse l'esistenza del credito del debitore principale. « *Si fideiussor conventus, cum ignoraret, non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex caussa fideiussionis, an mandati judicio persequi possit id, quod solverit, quaeritur?.... Ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur. Pari ratione,* et si aliqua exceptio debitori competebat, *pacti forte conventi, vel* cuius alterius rei, *et ignarus hanc exceptionem non*

(1) L. 11 Cod. *De exceptionibus* — V. anche Hering, *De fideiussione* cap. XX, § 6 n. 3 — Mantica, *De tacitis et ambiguis* Lib. XVI tit. 15 n. 10. — Bersano, *De compensationibus* Cap. III quaest. 2 n. 3 e segg. pag. 175 e 176 e gli scrittori dal medesimo citati — Laurent *Principes* tom. XVIII n. 423 pag. 436.

exercebit, dici oportet, ei mandati actionem competere: *potuit enim, atque* debuit *reus promittendi* certiorare *fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum* » (1).

Quando però il fidejussore avesse conosciuto l'esistenza del credito, e malgrado ciò avesse pagato, non valendosi della compensazione, io credo con Ulpiano che egli abbia perduto l'azione di regresso: *Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem..... videtur dolo versari: dissoluta enim negligentia prope dolum est* (2). In questo caso tuttavia crede Dernburg che il fidejussore soddisfa al suo obbligo citando il debitore principale ad intervenire in causa in sua vece e ad assumere la difesa del fidejussore e specialmente ad opporre l'eccezione di compensazione, essendo contrario alla buona fede costringere il fidejussore a sostenere una lite sopra una cosa non connessa colla fidejussione, e quindi a lui nota imperfettamente. Donde conclude che se il debitor principale non risponda all'invito del fidejussore, non intervenendo in causa, il fidejussore ha diritto di pagare il creditore, senza perdere il suo diritto di regresso, onde sottrarsi alla perdita di tempo, alla anticipazione di spese ed ai fastidii che porta sempre seco una lite (3). Il che sembra anche a me ragionevole.

Ora vogliamo esaminare un caso speciale praticamente molto importante, che si connette con questa materia della fideiussione e della compensazione insieme, riguardo al requisito della reciprocità. Il fidejussore che si è obbligato a favore del debitore principale, qualora sia debitore di questo, può invocare la compensazione fra il

(1) Ulpiano l. 29 pr. Dig. *Mandati vel contra.*
(2) Citata L. 29 pr. D. *Mandati.*
(3) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 54 pag. 461.

suo debito ed il credito che a lui deriva dalla fideiussione assunta a favore del suo creditore? La risposta negativa non può esser dubbia. È evidente che qui manca l'estremo della reciprocità. Il debitore principale pel solo fatto della fidejussione non diviene debitore del fidejussore; nè il fidejussore diviene creditore del debitore principale, essendochè egli è obbligato sotto condizione che il debitore principale non paghi; prima quindi che tale condizione siasi verificata non può dirsi che egli sia divenuto creditore del debitore principale. Nè si dica in contrario che il fidejussore può esser costretto a pagare in luogo del debitore principale. Perchè il pericolo di dover pagare non è un motivo sufficiente per autorizzare il fidejussore a ritenere presso di sè la somma di cui egli è debitore verso il debitore principale; resta infatti sempre vero che il fidejussore non diventa creditore di lui prima che abbia pagato (1).

Del resto occorre appena notare che il fidejussore non solo può opporre la compensazione dei crediti del debitor principale, ma e molto più quella dei crediti proprii; essendo questo un caso ordinario di compensazione che non può sollevare difficoltà di sorta, siccome è espressamente riconosciuto da Gaio nella l. 5 D. *De compensationibus.*

38. Come il fidejussore può opporre al creditore in compensazione i crediti proprii, così anche il condebitore solidale divenuto creditore del creditore comune può opporgli in compensazione il suo proprio credito. Di questo niuno che io sappia ha mai pensato di dubitare e se lo si facesse sarebbe irragionevole; perchè anche questo è un

(1) Bruneman, *Comment. in Pandectas* ad l. 4 D. *De compensationibus* n. 4 — Bersano, *De compensationibus* Cap. III quaest. 3. n. 1 e segg. pag. 178.

caso ordinario di compensazione in cui due persone, che sono debitrici l'una verso l'altra, si trovano di fronte e si valgono del diritto loro accordato dall'art. 1285 del codice civile.

Ma il dubbio sorge nel decidere se il debitore in solido abbia diritto di opporre al creditore comune la compensazione, che deriva dal credito che un altro condebitore solidale ha verso il comune creditore. Supponiamo che tre persone Tizio, Caio, Sempronio siano solidalmente obbligati verso Mevio al pagamento di 900 lire e che Mevio, creditore, divenga debitore di Tizio appunto della stessa somma di 900 lire; ciò supposto, si domanda: avrà Caio, condebitore solidale, convenuto da Mevio, il diritto di valersi di questo credito di Tizio e di opporlo in compensazione a Mevio? Rispetto a questa questione possiamo figurare due casi vale a dire o che Tizio, creditore del suo creditore Mevio, abbia già opposto la compensazione del suo credito a Mevio, ovvero che la compensazione non si sia ancor verificata.

Nel primo caso, quando cioè uno di più debitori in solido abbia già opposto la compensazione, è pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che tutti gli altri condebitori hanno il diritto di profittare della compensazione, essendosi già il debito estinto per intero in virtù della compensazione opposta dal condebitore. Si verifica in questa ipotesi un caso identico a quello del fidejussore, il quale quando, senza valersi del *beneficium excussionis*, oppone al creditore la compensazione col proprio credito, crea a favore del debitore principale il diritto di profittarne e di valersene contro il creditore (1).

(1) Pothier, *Obligations* n. 247 — Toullier, *Droit civil* VI n. 732 — Duranton, XII n. 431 Larombière, *Obligations* tom. II

Nel secondo caso invece, quando cioè il condebitore divenuto a sua volta creditore del comune creditore non abbia fatto valere la compensazione, sorgono gravissimi dubbii. Infatti se noi prendiamo come punto di partenza il principio che il nostro codice pone come fondamento della compensazione legale, cioè l'estinzione *ipso jure* dei crediti operata dalla loro coesistenza, come dovrebbe risolversi la questione se il debitore solidale, che non è divenuto creditore del suo creditore, possa per il primo opporre la compensazione in nome del condebitore che ha un credito verso il creditore che gli domanda il pagamento? Dal momento che il codice civile considera la semplice coesistenza dei crediti opposti come una causa di estinzione equivalente al pagamento, si comprende che dovrebbe ammettersi come regola che la compensazione spettante ad uno dei condebitori debba giovare a tutti gli altri coobbligati. Imperocchè se la compensazione, secondo l'art. 1286, opera di diritto per sola virtù di legge, anche ad insaputa dei debitori, il debito degli altri coobbligati deve considerarsi estinto fin dal momento che uno di essi è divenuto creditore del creditore (1).

Se questa è la decisione che logicamente deriverebbe dalle premesse poste del legislatore a fondamento del suo sistema in ordine alla compensazione, non così però hanno risoluto la questione le legislazioni positive, deviando certamente da quel principio che avevano preso a lume ed a guida. Queste cose dico piuttosto riferendole

pag. 388 sull'art. 1294 n. 6. (Ediz. Bruxelles) — Desjardins, *De la compensation* p. 436. Laurent *Principes* tom. XVII n. 338 p. 339 e 340. Corte di Rouen 30 giugno 1810 (Dalloz, *Répert.* v. *obligation* n. 2691) Rejet 24 decembre 1834 (Dalloz. *eod.* n. 2705).

(1) Dernburg, *Compensation* § 54 p. 465 — Laurent, *Principes* tom. XVII n. 338 p. 339 e 340.

al codice francese che non al nostro, perchè, come in seguito vedremo, il legislatore italiano ha saputo in parte rimediare all'inconseguenza del legislatore francese.

L'art. 1294 del codice civile francese, risolvendo negativamente la proposta questione, prescrive: « *Il debitore solidale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al suo condebitore.* » Con questa disposizione si è evidentemente derogato al principio della estinzione *ipso jure*. Or perchè mai siffatta deroga? Se noi consultassimo gli interpreti del diritto francese, troveremmo tante spiegazioni quanti sono gli scrittori. Ma poichè a nulla ci gioverebbe il discutere tutte queste opinioni, avendo il nostro legislatore battuto altra via, io seguendo l'esempio di Laurent (1), mi limiterò ad osservare che l'art. 1294 fu inserito nel codice Napoleone dietro proposta del Tribunato: i motivi di questa disposizione sono, nelle osservazioni della sezione di legislazione, formulati nel modo seguente: « Se si potesse opporre la compensazione di ciò che sarebbe dovuto ad altri che a sè stesso, sebbene quest'altro fosse un condebitore solidale sarebbe dar luogo ad innumerevoli difficoltà. Questo terzo si troverebbe coinvolto in liti dispiacevoli. Bisognerebbe esaminare con lui se il debito esiste, fino a qual punto esso esiste, se esso è suscettibile di compensazione, ed è naturale che la compensazione non abbia luogo fra due persone che per ciò che esse si debbono direttamente l'una all'altra » (2). Da questa motivazione apparisce chiaro che il legislatore francese ha voluto applicare a questo caso speciale il principio della l. 18 § 1 Dig. *De compensationibus* violando il rigore dei principii posti a fonda-

(1) *Principes de droit civil* tom. XVII n. 338 p. 340.
(2) Observations du Tribunat n. 57 (Locré tom. VI p. 134).

mento della dottrina della compensazione; ma le ragioni addotte non sono sufficienti per spiegare questa deroga, e tali sono sembrate a tutti gli scrittori francesi. Appunto perchè la disposizione dell'art. 1294 del codice francese fu considerata come eccezionale, se ne ammise un'interpretazione restrittiva, ritenendosi da molti che il condebitore in solido, che non sia divenuto creditore del suo creditore, possa opporre la compensazione in nome del condebitore, almeno fino alla concorrenza della parte di quest'ultimo (1). Ma questa interpretazione veramente non corrisponde alla intenzione del legislatore francese; e non è che per via di forzate sottigliezze che gli scrittori francesi possono riuscire fino ad essa ed è per questo che trova numerosi contraditori (2).

Checchè ne sia delle dispute sorte in Francia intorno alla interpretazione dell'art. 1294 del codice Napoleone; egli è certo che la dottrina sopraenunciata è stata accolta dal legislatore nostro e sancita nell'art. 1290 del codice civile, che dispone: « *Il debitore in solido non può invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore, se non sino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore* ». Con questa disposizione il legislatore italiano ha voluto eliminare tutte le questioni sorte in Francia. Anche esso però ha derogato in questo caso al principio della estinzione *ipso jure*, rimediando in parte al rigore del codice francese. Così disponendo, esso si è conformato al principio stabilito nell'ar-

(1) Duranton tom, XII n. 430. Aubry e Rau § 298 nota. 37. Marcadè tom. IV n. 830. Toullier, tom. VIII n. 377. Larombière sull'art. 1294 n. 5. Desjardins, *Compensation* p. 435.

(2) Fra gli altri vedi Mourlon, *Répétitions* tom. II p. 567. Demolombe, *Cours de Code Napoleon* tom. XXVI n. 399 p. 355 e gli scrittori dal medesimo citati.

ticolo 1198 del codice civile, secondo il quale l'obbligazione contratta in solido verso il creditore *si divide di diritto* fra i debitori, i quali rimangono per conseguenza obbligati soltanto per la quota di ciascuno.

Il chiarissimo Giorgi non solo loda la riforma introdotta dal legislatore italiano in questa materia, per aver sopito la controversia mediante l'aggiunta delle ultime parole dell'art. 1290 del cod. civ., ma approva ancora il nuovo precetto legislativo dal punto di vista della ragione (1). E che il legislatore italiano si meriti lode per aver troncato le questioni non v'ha dubbio; ma non loderei egualmente il legislatore dal lato della ragione. Ho già osservato che l'art. 1299 cap. contiene una deroga al principio della estinzione *ipso jure*, posto dal codice italiano, come dal Francese, a fondamento della teoria della compensazione, e questa deroga è una inconseguenza. Ma vi ha di più; dal momento che si vuol prescindere dalla disposizione positiva di legge e partire da un punto di vista razionale bisognerebbe dichiararsi del tutto contrarii ad ammettere la compensazione dei crediti di un coobbligato in solido, il quale sia rimasto estraneo, e non abbia dato il suo consenso. Manca infatti la condizione della reciprocità assolutamente necessaria perchè si verifichi la compensazione. Al che si aggiunge che ciascuno dei coobligati in solido, contraendo una tale obbligazione, ha assunto l'impegno di soddisfare il creditore con mezzi proprii e di farsi in seguito rimborsare mediante regresso dagli altri coobligati. Ammettendo quindi la compensazione, sia pure per una parte soltanto, si viene a disconoscere l'effetto della obbligazione assunta, e si costringe il creditore suo malgrado

(1) *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano* vol. I. n. 169 pag. 159.

a compensare in confronto del suo debitore coi debiti che esso ha verso un terzo. Queste osservazioni, che fa anche Dernburg a questo proposito (1), debbono scemare di molto l'ammirazione per quel precetto legislativo, almeno dal punto di vista razionale, sebbene possa e debba in qualche modo lodarsi dal punto di vista del diritto positivo per le ragioni accennate di sopra.

Del resto, non v'ha dubbio che se il creditore di più condebitori solidali sia divenuto per altro titolo debitore di uno di essi, e sia da quest'ultimo convenuto pel pagamento, possa opporgli in compensazione la totalità del credito solidale (2).

39. Prima di risolvere le questioni relative all'ipotesi della solidarietà attiva, fa d'uopo risolverne un'altra riguardante il fideiussore che si sia obbligato in solido col debitore principale, come quella che è intimamente connessa con questa materia. È noto che il fideiussore, trattandosi di materia civile, non è tenuto a pagare il creditore che in via sussidiaria, vale a dire solo in mancanza del debitore principale. Può però il fideiussore, in virtù di clausola speciale, obbligarsi in solido col debitore principale (3), e, se trattisi di obbligazione commerciale, si presume essersi obbligato solidalmente, salvo patto espresso in contrario (4). Quando però il fideiussore siasi obbligato in solido col debitore principale in questo caso l'effetto della sua obbligazione si regola cogli stessi principii stabiliti riguardo ai debiti in solido (5).

(1) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 54 pag. 466.
(2) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* vol. I. n. 169 pag. 159 — Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni* vol. V. n. 16 pag. 25.
(3) Cod. civ. art. 1907.
(4) Cod. di commercio art. 90.
(5) Cit. art. 1907 cod. civ.

Ciò posto si domanda: il fideiussore obbligato in solido potrà valersi del diritto, che gli accorda l'art. 1290 del codice civile, di opporre cioè la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale? Ovvero dovrà applicarglisi il capoverso dello stesso articolo in virtù del quale il debitore in solido non può invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore, se non sino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore? In altri termini, poichè il fideiussore in questo caso riunisce in sè una duplice qualità, di fideiussore cioè tenuto sussidiariamente e di condebitore solidale tenuto *aeque principaliter*, a quale di queste due qualità dovrà darsi la preferenza per regolare la misura in cui la compensazione deve effettuarsi? La questione è di facile soluzione sol che si abbiano presenti i principii regolatori di questa materia. Il fideiussore si obbliga solidalmente a vantaggio esclusivo del creditore; quest'ultimo quindi ha il diritto di domandargli la totalità del credito, senza che il fideiussore possa eccepire il *beneficium excussionis;* la solidarietà pertanto rispetto al fideiussore ha per effetto di togliere al fideiussore obbligato in solido il beneficio della previa escussione accordato al fideiussore ordinario, ma essa non può alterare il carattere accessorio della fideiussione in solido. Per vero l'obbligazione solidale del fideiussore non ha alcun effetto riguardo al debitore principale, essendo tutta a vantaggio del creditore; in confronto del debitore principale il fideiussore, sebbene obbligato in solido verso il creditore, è sempre un fideiussore; questo dunque avrà il diritto di invocare la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale; perocchè essendosi già estinto *ipso iure* il debito del debitor principale, si è estinta puranco l'obbligazione del fideiussore sebbene solidale, non potendosi concepire

una fideiussione senza l'esistenza di un'obbligazione principale.

Nè mancano testi delle nostre fonti che dimostrano come la solidarietà non riesca ad alterare la natura accessoria della fideiussione. L'art. 1201 del codice civile dispone: « Se l'affare per cui fu contratto il debito in solido, non riguarda che uno degli obbligati in solido, questi è tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali relativamente ad esso non sono riputati che come suoi fideiussori. » Da questa disposizione chiaramente emerge che il fideiussore in solido resta sempre fideiussore rispetto al debitore principale, dovendo quest'ultimo pagare la totalità del debito senza poter agir di regresso contro il fideiussore solidale. Ma in tal caso, potrà obbiettarsi, qual valore hanno le ultime parole dell'art. 1907 del codice civile secondo le quali l'effetto dell'obbligazione in solido del fideiussore *si regola cogli stessi principii stabiliti riguardo ai debiti in solido?* L'obbiezione perde ogni importanza, quando si consideri che quelle parole non si riferiscono ai rapporti fra il fideiussore ed il debitore principale, ma piuttosto a quelli fra il fideiussore ed il creditore. Quelle parole alludono al beneficio di previa escussione, che, accordato al fideiussore ordinario, vien con esse negato al fideiussore obbligato in solido; esse quindi non possono riguardare la compensazione coi crediti spettanti al debitor principale, che rimane intatta a vantaggio del fideiussore giusta la disposizione dell'art. 1290 (1).

40. Fin qui si è ragionato degli effetti della solidarietà *passiva* in ordine alla compensazione; ora è d'uopo esaminare le questioni concernenti la solidarietà *attiva*.

(1) In questo senso consulta Duranton, tom XII, n. 423 p. 532 — Laurent *Principes* tom. XVIII n. 427 pag. 438 e 439 — Corte di Tolosa 14 agosto 1818 (Dalloz, *Répert.* v. *Obligations* n. 2686).

A questo riguardo le leggi romane non ci offrono alcuna decisione; tutto quindi è abbandonato alle congetture dei romanisti per decidere fino a qual punto, secondo il diritto romano, il debitore potesse opporre in compensazione ad un *correus credendi* i crediti che egli avesse per avventura avuto verso l'altro correo (1). È forse a causa di questo silenzio delle leggi romane su questo punto che le legislazioni civili moderne non hanno pensato ad occuparsi della compensazione nei rapporti della solidarietà attiva, come lo fecero rispetto alla solidarietà passiva sul fondamento di un responso di Papiniano inserito nella l. 10 D. *De correis*. Nè il codice francese, nè il nostro si occupano della questione se il debitore, divenuto creditore di uno fra più creditori in solido, possa opporre la compensazione di questo credito, oltrechè al creditore in solido suo debitore, anche a tutti gli altri creditori in solido. Per conseguenza controversia di opinioni fra i civilisti.

È opinione quasi prevalente fra gli scrittori francesi che il debitore possa opporre a qualunque dei creditori in solido la compensazione dell'intero credito, che esso ha verso uno di essi. Le ragioni che adducono a sostegno di questa loro opinione sono, perchè l'art. 1294 n. 3 del codice Napoleone, che esclude la compensazione nel caso di solidarietà passiva, costituisce un'eccezione alla regola e non può quindi estendersi da caso a caso per semplice analogia; che la coesistenza dei crediti produce la estinzione dei medesimi *ipso iure* ed equivale al pagamento; che i creditori solidali debbono considerarsi come manda-

(1) Consulta su questo punto Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain* pag. 283. — Dernburg, *Compensation* § 54 pag. 463 e 464 — Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II § 350 nota 20.

tarii l'uno dell'altro ed in tale qualità farsi opporre la compensazione (1).

A questa opinione se ne contrappone un'altra, la quale sebbene abbia pochi seguaci, tuttavia ci sembra più vera e consiste nel riconoscere che il debitore non può opporre la compensazione contro un creditore solidale diverso da quello contro il quale esso acquistò il credito contrario, se non in concorrenza della parte di quest'ultimo creditore (2). Questa opinione è più consona collo scopo per cui è stabilita la solidarietà; infatti poichè questa mira ad avvantaggiare i creditori, questo scopo sarebbe assolutamente frustrato, qualora il debitore avesse diritto di opporre in compensazione contro tutti i creditori in solido un credito che ha soltanto contro uno di essi. Le ragioni, che in contrario si adducono a sostegno dell'altra opinione, sono troppo sottili perchè si possa loro attribuire un qualche valore.

(1) In questo senso Duranton tom. XII n. 427 — Rodière, *De la solidarieté* n. 15 — Larombière, *Obligations* tom. II pag. 30 sull'art. 1198 n. 8 (Ediz. Bruxelles). Desjardins *De la compensation* n. 127 pag. 440 e 441 — Demolombe *Obligations* tom. III numero 192 e segg. Aubry e Rau § 298 bis, nota 7 — Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni* vol. V, n. 11 pag. 17.

(2) In questo senso Dernburg, *Compensation* § 54 pag. 467 e 468 — Marcadé, *Explication du Code Napoleon* sull'art. 1198 numero 598 — Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* vol. I n. 114 p. 108 e 109.

B. *Della reciprocità nei rapporti di società.*

SOMMARIO.

41. Possono i terzi compensare i debiti verso il socio coi crediti verso la società? — Esame della questione rispetto alle società civili e commerciali.

42. Il socio può compensare i crediti sociali verso il terzo coi debiti assunti per conto della società verso il medesimo? — Risoluzione nel doppio caso di società civile e commerciale.

41. Il contratto di società fa sorgere dei diritti e degli obblighi, dei crediti e dei debiti, sia nei rapporti dei socii fra loro, sia nei rapporti fra società e socii, sia finalmente nei rapporti fra società e terzi e fra socii e terzi. È mestieri esaminare quindi se ed in qual modo possa avvenire la compensazione fra debiti e crediti nascenti da un rapporto di società.

Ed anzitutto, possono i terzi compensare i debiti che essi hanno verso un socio, coi crediti che essi hanno acquistato verso la società? Questa questione deve esaminarsi sotto un duplice punto di vista attesa la diversità di natura della società civile e commerciale.

Cominciamo dalla società civile e vediamo prima di ogni altra cosa quale sia la responsabilità che per essa contraggono i socii verso i terzi per determinare se la compensazione possa farsi nell'ipotesi proposta. Nelle società civili, i socii non sono obbligati in solido pei debiti sociali nè uno dei socii può obbligare gli altri, se questi non gliene hanno dato facoltà (1). I socii sono obbligati verso il creditore con cui hanno contrattato, ciascuno per una somma e parte eguale, ancorchè uno di essi abbia in

(1) Cod. civ. art. 1726, 1727 e 1728.

società una porzione minore, se il contratto non ha specialmente ristretta l'obbligazione di questo in ragione della sua porzione. L'obbligazione contratta espressamente per conto sociale, obbliga soltanto il socio che ha contrattato e non gli altri, eccetto che questi gliene abbiano dato facoltà, o che la cosa sia stata rivolta in vantaggio della società. Ciò posto è chiaro che il terzo potrà compensare il debito che ha verso la società soltanto in concorrenza della quota spettante al socio e purchè quest'ultimo abbia dato facoltà di contrattare o abbia contrattato egli stesso, ovvero l'obbligazione assunta verso il terzo abbia arrecato un vantaggio alla società. Se queste condizioni non concorrano, il terzo non ha diritto di compensare i debiti verso il socio coi crediti verso la società per la semplice ragione che non potrebbe domandare a lui il pagamento dei debiti sociali, non essendo il socio tenuto per le obbligazioni contratte per conto sociale se non sotto le condizioni stabilite dall'art. 1728 del codice civile (1). *A fortiori* poi il terzo creditore della società potrà opporre in compensazione il credito verso la società al socio che abbia contrattato per conto della società stessa. Occorre appena notare del resto che questo socio, il quale ha estinto il debito sociale mediante compensazione, ha un diritto di regresso verso la società per ripetere l'ammontare di ciò che ha pagato.

Per ciò che riguarda le società commerciali la decisione non può essere diversa. Premetto che qui si tratta soltanto di quelle società che si dicono di *persone*, cioè

(1) In questo senso vedi anche Duranton, tom. XII n. 432 — Massè, *Le droit commercial dans ses rapports* ecc. vol. IV n. 2321 pag. 223. — In senso contrario Larombiere, *Obligations* tom. II pag. 360 sull'art. 1291 n. 6 (Edit. Bruxelles) — Troplong, *Société* n. 79.

della società in nome collettivo ed in accomandita e quest'ultima solo rispetto ai socii solidalmente responsabili, perchè nelle altre società, che si dicono di *capitale*, non vi hanno socii, sebbene siano amministrate da persone. Ciò posto il terzo debitore particolare di un socio in nome collettivo può opporre in compensazione i crediti che a lui spettano verso la società. La ragione si deduce dall'indole della società in nome collettivo. In essa i socii sono responsabili verso i terzi pei debiti della società collettivamente e solidalmente; il credito quindi che il terzo ha verso la società è un debito particolare dei singoli socii. « Se la stessa persona, scrive Thöl, è creditore della società e debitore particolare di un socio, deve ammettersi la compensazione col credito che gli spetta contro la società » (1). — Si comprende del resto che tanto nell'ipotesi di società civile, quanto in quella di società commerciale, il socio ha reciprocamente il diritto di opporre al terzo in compensazione il proprio credito contro il credito che spetta al terzo verso la società per le stesse ragioni che valgono nel caso inverso (2).

42. Ora dobbiamo esaminare un'altra questione: il socio convenuto in giudizio per un debito sociale può far valere contro l'attore la compensazione coi debiti che questo ha verso la società? Anche qui bisogna distinguere la società civile dalla commerciale.

In caso di società civile, siccome questa non è una persona morale, i socii si trovano di fronte al terzo come individui singoli, separati l'uno dall'altro; ond'è che se

(1) *Handelsrecht* § 39 a n. II c. pag. 237. — V. nello stesso senso Dernburg, *Compensation* § 52 pag. 447.

(2) Thöl, *Das Handelsrecht* § 39 a pag. 237. — Dernburg, *Compensation* § 52 pag. 448.

il socio abbia assunto un'obbligazione per conto della società, o abbia acquistato un credito verso il terzo, il socio potrà opporre al terzo, e questi al socio, la compensazione fino a concorrenza della quota sociale, perchè è in questa misura che il socio in questa specie di società è responsabile verso i terzi.

Nell'ipotesi poi di società commerciale, che il socio abbia diritto di opporre in compensazione al terzo i debiti che questo ha verso la società è indubitato, se il socio sia il gestore della società; perchè in questo caso egli si presenta come rappresentante della società. Il medesimo deve dirsi se il terzo domandi il pagamento di un credito verso la società ad un socio, il quale non sia gestore; quest'ultimo può opporre al terzo la compensazione dei crediti che la società ha acquistato verso di lui, sebbene egli non abbia facoltà di disporre di essi; perocchè in questo modo il socio si vale del credito sociale come un mezzo di difesa, per via di compensazione, ed egli ha diritto di valersi a propria difesa di tutte le eccezioni inerenti al debito che la società ha verso il terzo (1). All'opposto il socio che domandasse al terzo debitore della società il pagamento di un credito sociale senza averne avuto il mandato, non avrebbe qualità di legittimo contradittore, perchè, durante l'esistenza della società, i crediti della società sono proprietà del patrimonio sociale ed il socio non può come individuo chiedere la parte che gli spetta nella divisione degli utili se non nei rapporti degli altri consocii (2).

(1) Dernburg, *Compensation* § 52 pag. 448.

(2) In senso contrario Thöl, *Das Handelsrecht* § 39 a n. II 6. pag. 237.

C. *Reciprocità dei crediti derivante da successione universale.*

SOMMARIO.

43. Il patrimonio dell'erede si confonde con quello del defunto in virtù della successione accettata puramente e semplicemente. — Come nasca la reciprocità dei crediti.

44. Della compensazione nel caso di più coeredi. — Compensazione fra debiti e crediti dell'eredità. — Compensazione fra i crediti dell'eredità ed i crediti dell'erede.

45. Della compensazione nel caso di eredità accettata con beneficio d'inventario. — Effetti del beneficio d'inventario rispetto alla distinzione dei patrimonii. — Può aver luogo la compensazione legale fra i debiti o i crediti personali dell'erede beneficiario ed i debiti o i crediti dei debitori o creditori dell'eredità? — Può l'erede opporre la compensazione del suo credito verso l'eredità col debito che egli ha, a causa di collazione?

43. Il requisito della reciprocità, sebbene originariamente non esistente fra i due crediti, può nascere in seguito in virtù di successione universale; è sotto questo punto di vista che noi dobbiamo risolvere le questioni che si riferiscono alla compensazione nei casi di successione universale.

Poichè l'erede rappresenta e continua la persona del defunto, fin dal momento dell'apertura della successione, egli subentra *ipso jure* nei diritti e negli obblighi del suo autore nello stato in cui essi si trovavano al momento della morte di lui, di guisa che il debito dell'autore diviene debito personale dell'erede e viceversa il credito di quello diviene credito personale di questo. Dai quali principii logicamente consegue che fin dal momento della morte dell'autore si effettua *ipso jure* la compensazione fra i debiti od i crediti del defunto coi debiti od i

crediti dell'erede. Quindi se un terzo agisca contro l'erede per ripetere ciò che a lui era dovuto dal defunto, potrà l'erede opporre in compensazione il credito che il defunto stesso aveva verso il terzo, e viceversa se l'erede agisse contro il terzo per ripetere il credito che spettava al suo autore, il terzo potrebbe eccepire la compensazione di ciò che a lui era dovuto dal defunto. E questo è così naturale che non sarebbe stato neppur necessario di accennarlo.

E si noti che l'autore non potrebbe con una disposizione testamentaria eliminare la compensabilità giá esistente assegnando il credito ad un erede ed il debito all'altro (1).

È chiaro puranco che se l'erede agisse contro il debitore del defunto, potrebbe il debitore opporgli la compensazione col credito che egli ha personalmente verso l'erede; perchè dopo l'apertura della successione la persona dell'erede si confonde in guisa con quella del suo autore, che, come si disse, i debiti ed i crediti del testatore divengono debiti e crediti dell'erede e viceversa. La successione in somma ha fatto nascere in questo caso quella reciprocità, che prima della morte del defunto non esisteva (2).

44. Questi principii valgono nell'ipotesi di un unico erede; ma che cosa dovrà dirsi se vi hanno dei *coeredi?*

(1) Osserva Dernburg che la l. 16. D. *De compensationibus* potrebbe far credere diversamente; però ogni dubbio sparisce se si rifletta che il frammento di Papiniano si riferisce ad un privilegio singolarissimo stabilito a favore dei militari. (*Compensation* § 47 p. 389 e segg.).

(2) Calvino *De aequitate* Lib. III cap. 244 n. 20. — Olea, *Tractatus de cessione jurium* tit. VI quaest. u. n. 3. — Bersano, *De compensationibus* cap. III quaest. 7 n. 4 e 5 p. 192. Larombière, *Obligations* f. II p. 361 sull'art. 1291 n. 7. — Dernburg, *Compensation* § 47 p. 390 e 391.

Secondo l'art. 1034 del codice civile: « Ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra i coeredi, e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditarii. » Il medesimo dispone il codice Napoleone nell'art. 883 corrispondente al nostro art. 1034. Dalla quale disposizione si deduce, come Dernburg bene osserva (1), che prima della divisione i coeredi non hanno un diritto parziale sui singoli beni ereditarii, ma un diritto comune sulla massa totale dei beni ereditarii; che i beni ereditarii assegnati a ciascun coerede in virtù della divisione non devono considerarsi come provenienti dalla comunione, ma direttamente dall'autore. Conseguenza logica di questi principii sarebbe dunque che prima della divisione il terzo debitore dell'eredità convenuto dal complesso dei coeredi (2) non potesse opporre in compensazione il credito che ha verso uno dei coeredi per la quota a quest'ultimo spettante; e che neppure dopo avvenuta la divisione potesse opporre il suo credito verso uno dei coeredi a quel coerede che fosse divenuto proprietario del credito ereditario verso di lui.

Se non che il codice italiano, come il francese (3), per una strana inconseguenza, attenendosi in ciò alle norme del diritto romano secondo le quali i crediti ed i debiti ereditarii si dividono fra i coeredi *ipso jure* in proporzione delle singole quote ereditarie (4), nell'art. 1204 ha

(1) *Compensation* § 47 p. 394.

(2) Secondo questo sistema prima della divisione dell'eredità i coeredi non possono domandare al terzo la parte di credito loro spettante, ma debbono agire in giudizio collettivamente.

(3) Art. 1220.

(4) Principio questo che fu sancito dalla legge delle XII Ta-

disposto che gli: « eredi.... non possono domandare il credito, nè sono tenuti a pagare il debito che per le porzioni loro spettanti, o per quelle per cui sono obbligati come rappresentanti il creditore o il debitore. » In virtù di questa disposizione il terzo debitore dell'eredità può opporre in compensazione il credito che egli ha verso uno dei coeredi in concorrenza della quota del credito ereditario spettante a questo coerede suo debitore personale. Così se Caio sia debitore dell'eredità di 1000, e Tizio, uno dei quattro coeredi, sia debitore di Caio di 250, Caio può opporre la compensazione di questo suo credito di 250; e ciò tanto prima che dopo la divisione (1).

Ma se uno dei coeredi sia debitore dell'eredità, non potrà compensare questo suo debito col credito personale che ha verso uno dei coeredi. In questa ipotesi infatti manca

vole: *Nomina inter haeredes ercta cita sunto pro portionibus haereditariis.*

(1) Nella dottrina e nella giurisprudenza francese vi ha controversia di opinioni intorno al modo di conciliare l'art. 883, corrispondente al nostro art. 1034, con l'art. 1220, corrispondente al nostro art. 1204.

È però opinione prevalente che la compensazione si opera fra la porzione che uno dei coeredi ha in un credito ereditario ed il debito che egli ha personalmente verso il terzo; che la divisione, in virtù della quale il credito ereditario venisse assegnato per intero ad un altro coerede che non fosse quegli per la cui parte si è già operata la compensazione, non potrebbe alterare la compensazione già avvenuta, non potendo il credito, estinto in parte per ministero di legge, essere oggetto della divisione che per il residuo, ed essendo rappresentato, quanto alla porzione compensata, dalla somma che il debitore ha versato fittiziamente. In questo senso Pothier, *Obligations* n. 319 e 220 — Toullier t. VI n. 758 — Marcade, sull'art. 883 n. 5. — Rodiere e Pont, *Contrat de mariage* t. I n. 357 — Aubry e Rau su Zachariae tom. V § 635 n. 345 e segg. Larombière, *Obligations* tom. II sull'art. 1220 n. 9. — In altro senso Duranton tom. VII n. 163,429 e 519 — Mourlon, *Rèpetitions ècrites* tom. II, pag. 202 e 203.

la condizione di reciprocità; dappoichè l'erede è debitore della successione e non creditore verso di essa, egli ha nell'ipotesi da noi contemplata un credito personale soltanto contro un coerede per causa estranea all'eredità; non essendovi pertanto due persone reciprocamente debitrici e creditrici, non può aver luogo la compensazione (1).

45. Ora dobbiamo esaminare i principii che regolano la compensazione nel caso di eredità accettata *con beneficio d'inventario*. — È noto che l'effetto generale del beneficio dell'inventario si è quello d'impedire che il patrimonio del defunto si confonda con quello dell'erede; ond'è che nei rapporti fra l'eredità e l'erede beneficiario, i crediti e le ragioni dell'erede verso l'eredità e viceversa non si estinguono; nei rapporti poi dell'erede beneficiario coi creditori della successione, il beneficio dell'inventario fa sì che l'erede beneficiario non sia tenuto pei debiti dell'eredità *ultra vires haereditarias* (2).

È chiaro pertanto che i beni ereditarii servono in questo caso ad esclusiva guarentigia dei diritti dei creditori ereditarii; quindi i creditori personali dell'erede non possono far valere alcun diritto, nè esercitare alcuna azione sul patrimonio del defunto, perchè siccome le due personalità rimangono distinte, quella del defunto rappresentata dall'erede e quella propria dell'erede stesso, anche i patrimonii rimangono separati (3). Inoltre l'erede beneficiario conserva i suoi diritti verso l'eredità come se fosse un creditore estraneo e si trova di fronte agli altri creditori ereditarii nella stessa condizione in cui si troverebbe se non fosse erede. Parimente i terzi contro i quali l'erede

(1) Laurent, *Principes* tom. XVIII. n. 432 pag. 448.

(2) Cod. civ. art. 968.

(3) Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle successioni* vol. V. n. 159 pag. 274.

beneficiario sperimenta in proprio nome diritti a lui personali, non possono opporgli alcuna eccezione nella qualità di erede, perchè non agisce come erede, ma come creditore personale dei terzi. Così pure quando egli agisca nella qualità di erede beneficiario, i terzi non possono opporgli le eccezioni che loro competono contro di lui in suo proprio nome; il medesimo vale nei rapporti fra l'eredità e l'erede beneficiario, come debitore o creditore di essa; non si possono quindi opporre all'erede beneficiario le eccezioni dipendenti dalla sua qualità di erede; possono però dall'eredità opporglisi tutte le eccezioni che all'eredità creditrice di lui appartengono come contro il suo debitore personale (1).

Posti questi principii relativi agli effetti giuridici che derivano dal beneficio d'inventario si comprende che la compensazione legale non può aver luogo fra i debiti o i crediti personali dell'erede beneficiario ed i debiti o i crediti dei debitori o creditori dell'eredità. Manca infatti la condizione di reciprocità, perchè il creditore dell'eredità non è debitore dell'erede beneficiario come tale; o, supposto che si trattasse di un debitore dell'eredità che fosse nello stesso tempo creditore dell'erede beneficiario, non sarebbe creditore di questo come erede, ma per altro titolo (2).

Ma il debitore di un'eredità accettata con beneficio d'inventario può opporre all'erede beneficiario in compensazione il suo credito verso la stessa eredità? L'art. 976.

(1) Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle successioni* vol. V. n. 164. pag. 280 e 281.

(2) Dernburg, *Compensation*, § 47 p. 39 In questo senso vedi Corte di appello di Palermo 1 Febbraio 1867 Firmaturi contro Ganzoneri (*Legge*, VII, 1, 555) e C. C. di Napoli 5 decembre 1871 Pica contro Arcieri (*Gazzetta del Procuratore* VI, 519).

del codice civile dispone: « Se all'erede sono notificate opposizioni per parte di un creditore o di altro interessato, egli non può pagare che secondo l'ordine ed il modo determinato dall'autorità giudiziaria. — Se non vi sono opposizioni..... l'erede paga i creditori ed i legatari a misura che si presentano, salvi però i loro diritti di poziorità ». A questo proposito adunque è necessario fare una distinzione. Se vi ha opposizione per parte dei creditori dell'eredità, la compensazione non può verificarsi che quando siano accertati e regolati i diritti di tutti i creditori, quando cioè si sarà conosciuto se i loro crediti debbono pagarsi per intero o subire una riduzione per insufficienza dell'attivo. Prima di quest'epoca i crediti, sebbene siano certi, non sono però liquidi, non conoscendosi se il creditore sarà pagato ed in caso affermativo in quale misura debba essere soddisfatto. La compensazione pertanto in questo caso non può aver luogo (1).

Al contrario se non vi abbia opposizione per parte dei creditori la compensazione si opera *ipso jure* per intero non solo a vantaggio del terzo che fosse nello stesso tempo debitore e creditore dell'eredità, ma anche a vantaggio dell'erede beneficiario, il quale fosse egli pure debitore e creditore della eredità stessa (2). Di quanta gravità sia questo effetto ciascuno vede; perocchè la compensazione si opera *ipso jure* a pregiudizio dei creditori lontani prima che abbiano avuto il tempo di fare opposizione. In questo caso, in virtù dell'art. 976, la estinzione degli obblighi si verifica allo stesso modo, come accadrebbe se non vi fosse accettazione con beneficio d'inventario. Questo solo si deve

(1) Laurent, *Principes* tom. X. n. 160 pag. 191.
(2) Corte di Bordeaux, 4 decembre 1852 (Dalloz. *Répert* v. *obligations* n. 2682).

avvertire che siccome l'art. 976 cap. assegna all'erede il termine di un mese dalla trascrizione nell'ufficio dell'ipoteche e dalla inserzione nel giornale degli annunzi della dichiarazione dell'erede riguardante l'accettazione con beneficio d'inventario, decorso il quale esso può pagare i creditori, salvi però i loro diritti di pozioritâ, così l'effetto della compensazione già avvenuta rimane sospeso entro questo termine ed inoltre che essa non può verificarsi in pregiudizio dei creditori aventi dei diritti di prelazione (1).

Non potrebbe però l'erede beneficiario creditore di un terzo, il quale fosse a sua volta creditore dell'eredità, opporre a quest'ultimo la compensazione del suo credito; perchè il terzo creditore attesa la distinzione dei patrimonii è creditore dell'eredità e non dell'erede e fa quindi difetto il requisito della reciprocità. Può solo aver luogo la compensazione facoltativa; dappoichè siccome l'erede beneficiario potrebbe pagare coi proprii denari questo creditore ed essere surrogato di diritto nelle ragioni del creditore contro l'eredità (2), quando l'erede beneficiario oppone la compensazione contro di lui, opera come se lo pagasse (3).

La giurisprudenza francese ha contemplato altri casi di compensazione relativi a questa materia, che possono aver luogo anche sotto l'impero della nostra legislazione. L'erede, che sia creditore dell'eredità ha il diritto di opporre la compensazione del suo credito verso l'eredità col

(1) Dernburg, *Compensation* § 47 pag. 395 Laurent, *Principes* tom. X. n. 166 pag. 197. — Desjardins, *Compensation* p. 425. — In senso contrario Toullier, tom. VII. n. 380.

(2) Cod. civ. art. 1253 n. 4.

(3) Laurent, *Principes* tom. X. n. 166 pag. 197 e 198. — Merlin, *Répertoire* v. *Compensation* § III. n. VI. (tom. V. p. 233). — Corte di Lione: 18 marzo 1831 (Dalloz. *Répert.* v. *Obbligations* n. 2679).

debito che egli ha a causa della collazione delle cose ricevute dal defunto in donazione? L'erede che sia nello stesso tempo donatario del defunto e creditore dell'eredità riunisce nella sua persona due qualità diverse, le quali generano effetti giuridici assolutamente diversi. In quanto egli è donatario deve conferire tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione sì direttamente, che indirettamente (1). La collazione però è dovuta soltanto ai suoi coeredi, non è dovuta ai creditori (2) rispetto ai quali i beni donati si considerano come definitivamente usciti dal patrimonio del defunto. Questi principii non soffrono alcuna modificazione rispetto all'erede creditore dell'eredità; egli quindi ha l'obbligo di conferire tutto ciò che ha ricevuto per donazione e di ricevere la sua quota ereditaria sulle cose conferite. In quanto poi egli è creditore non ha che il diritto di domandare il pagamento dei crediti che gli spettano verso l'eredità; in questo caso egli ricava un vantaggio indiretto dalla collazione essendosi il patrimonio ereditario aumentato delle cose conferite. Questo diritto indiretto sulle cose conferite e che entrano nel patrimonio ereditario, non gli attribuisce alcun diritto sulla collazione. Ove si ammettesse la compensazione fra il credito dell'erede e le cose che egli deve conferire come donatario del defunto, il creditore sarebbe pagato sulla cosa conferita e sarebbe così violato l'art. 1014 del codice civile (3).

(1) Cod. civ. art. 1001.

(2) Cod. civ. art. 1014.

(3) Così Laurent, *Principes* tom. XI. n. 33 pag. 39. — Corte di Parigi 16 marzo 1850 (Dalloz *Jurisprudence* 1850, 2, 167).

D. *Reciprocità dei crediti nascente per successione singolare.*

SOMMARIO.

46. Della reciprocità nascente mediante *cessione*. — Duplice aspetto sotto cui può operarsi la compensazione nei rapporti del debitore ceduto col cessionario.

47. Compensazione fra il credito ceduto ed il debito proprio del cessionario. — Momento in cui la compensazione ha effetto.

48. Compensazione fra il credito ceduto ed il debito proprio del cedente. — Controversie fra gli antichi scrittori intorno a questo caso di compensazione. — Quando la compensazione possa opporsi in questo caso.

49. Di quale natura debbono essere i debiti fra cedente e debitore ceduto nel momento della notificazione perchè quest'ultimo possa opporre la compensazione al cessionario. — Si confuta l'opinione del Larombière.

50. Se il debitore ceduto possa opporre al cessionario la compensazione dei crediti anteriori alla notificazione, quando abbia accettato la cessione senza riserva. — Quali condizioni si richieggono perchè vi sia quest'accettazione del debitore.

51. L'accettazione senza riserva della cessione importa rinuncia anche alla compensazione dei crediti ignoti al debitore? — Si esamina ampiamente la questione e si confutano le ragioni addotte in contrario.

52. Se il debitore di un titolo *all'ordine* o *al portatore* possa opporre al possessore la compensazione coi crediti che egli ha verso l'autore di lui.

53. A chi spetta la prova che il credito del debitore ceduto verso il cedente era anteriore alla notificazione della cessione.

54. Il cessionario può opporre al debitore ceduto tutte le eccezioni spettanti al suo autore.

55. Il cessionario ha un diritto di regresso verso il cedente quando abbia risentito un danno per effetto della compensazione.

56. *Quid* nel caso che la cessione del credito sia munita della clausola espressa che il cedente non si obbliga a guarentirne la regolarità?

57. Il debitore ceduto può opporre ai diversi cessionarii la compensazione anche nel caso che lo stesso credito sia stato più volte successivamente ceduto.

58. Della compensazione nel caso di un *legato di credito*.

46. Non solo per successione universale, ma eziandio per successione singolare può operarsi la compensazione fra persone che originariamente non erano debitrici l'una dell'altra. Ciò accade mediante *cessione*. Quando la cessione sia avvenuta, la compensazione può operarsi nei rapporti del debitore ceduto col cessionario sotto un duplice aspetto, cioè o fra il credito ceduto ed il debito proprio del cessionario, o fra il credito ceduto ed il debito proprio del cedente.

47. Sotto il primo aspetto è chiaro che la compensazione deve operarsi fra il credito ceduto ed il debito proprio del cessionario; in questo caso non vi ha nulla di straordinario; imperocchè il cessionario subentra, in virtù della cessione, nei diritti e negli obblighi che aveva il cedente rispetto al credito. Epperò come egli ha diritto di opporre al debitore ceduto la compensazione del credito che egli ha acquistato per cessione, così il debitore ceduto ha diritto di opporgli la compensazione del credito che egli ha acquistato personalmente contro di lui.

Ma qual'è il momento in cui la compensazione in questo caso avrà effetto? Sarà dalla data della trasmissione del credito (1) ovvero dalla notificazione della cessione? Che il momento decisivo per gli effetti della compensazione non possa essere quello della trasmissione, si comprende facilmente sol che si rifletta che l'atto di cessione crea un rapporto di obbligazione soltanto fra cedente e cessionario; fino alla notificazione della cessione i terzi giuridicamente ignorano il fatto della cessione; quindi a loro riguardo creditore non è il cessionario, ma

(1) Così è stato deciso dalla Corte di Grenoble 21 agosto 1828 e dalla Corte di Bordeaux 14 aprile 1829, decisioni riferite da Desiardins, *Compensation* n. 109 p. 372 nota 1. — V. anche nello stesso senso Bersano, *De compensationibus* Cap. III quaest. 5 n. 10.

il cedente. A questo proposito Desiardins scrive: « Fino alla notificazione, il cedente rimane creditore a riguardo dei terzi e, per conseguenza, a riguardo del debitore. Egli ha il diritto di citare quest'ultimo per farsi pagare. In tal modo la compensazione si verifica di pien diritto fra cedente e ceduto nell'intervallo che separa la cessione dalla notificazione. Come mai, nello stesso tempo, sarebbe essa possibile fra il cessionario ed il ceduto? Lo stesso credito è esso personale in pari tempo a due persone, sopratutto quando il rapporto che fra queste si stabilisce in occasione di questo credito non può essere che un rapporto di successione? Infine non bisogna dimenticare che la compensazione è un pagamento coattivo; ora la semplice trasmissione non conferisce al cessionario il diritto di esigere il pagamento » (1).

L'effetto della compensazione adunque comincia dal momento in cui la cessione fu notificata al debitore ceduto. Ciò si ricava espressamente dall'art. 1540 del codice civile in cui è prescritto che: « Il debitore è validamente liberato se ha pagato al cedente, prima che questi o il cessionario gli abbia notificato la cessione. » Imperocchè se prima di questa notificazione il debitore ha diritto di pagare al cedente, è manifesto che la cessione, rispetto al debitore ceduto, non diviene perfetta se non mediante notificazione; lo stesso quindi deve verificarsi rispetto alla compensazione, che tende allo stesso scopo e produce effetti analoghi a quelli del pagamento (2). È

(1) *De la compensation* pag. 373 — Nello stesso senso Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation* § 48 pag. 405.

(2) In questo senso Troplong, *Traitè de la vente* n. 891 — Aubry e Rau tom. III § 359 *bis* pag. 310 — Dernburg l. c. § 48 pag. 405 — Corte di Parigi 28 febbraio 1825. — C. C. di Torino 17 maggio 1867 Pecorini contro Cavanna (*Giurisprudenza* di Torino IV, 423).

pertanto solo dal momento della notificazione che cessa il corso degl'interessi dei crediti che si estinguono *ipso iure*.

Del resto, come nota Dernburg (1), non è necessario in questo caso che il cessionario per opporre validamente la compensazione fosse già divenuto tale prima che il suo creditore personale gli avesse domandato il pagamento del debito; perchè il convenuto può farsi cedere dei crediti contro l'attore e pendente il giudizio opporre la compensazione. Il convenuto però deve pagare all'attore tutte le spese incontrate da questo per esigere il pagamento in via giudiziale fino al momento in cui il convenuto eccepì la compensazione. Non sarebbe infatti conforme a giustizia che l'attore dovesse sottostare a quelle spese dal momento che il convenuto si libera con una eccezione perentoria acquistata posteriormente. Qualora il convenuto si rifiutasse al pagamento di queste spese l'attore avrebbe il diritto di continuare il giudizio per conseguirne il rimborso (2).

48. Sotto il secondo aspetto poi il cessionario è obbligato a farsi opporre dal debitore ceduto la compensazione dei crediti che quest'ultimo ha verso il cedente. Non senza difficoltà però questa compensazione venne ammessa dagli antichi scrittori. Le opinioni erano tanto divise che a ragione il Bersano la considera come una delle più gravi questioni in materia di compensazione. Malgrado questa diversità di opinioni, prevalse alfine la conclusione che si può opporre al cessionario la compensazione che osta al cedente perchè il credito ceduto si trasmette dal cedente al cessionario *cum suo onere*, tanto più che il ces-

(1) *Compensation* § 48 pag, 406.

(2) Huber, *Praelectiones ad Pandectas* tom. II n. 13 pag. 460 in cui riferisce pure una decisione emanata nello stesso senso.

sionario ha diritto di regresso contro il cedente (1). Questa questione non è più possibile nel diritto moderno, il quale ha sancito espressamente che il debitore ceduto può opporre in compensazione al cessionario i debiti del cedente.

Però la compensazione fra il credito ceduto ed i debiti del cedente non può opporsi al cessionario in ogni caso. Il debitore ceduto può senza dubbio opporre al cessionario la compensazione dei crediti che egli aveva contro il cedente prima che gli venisse notificata la cessione; perchè fino al momento della notificazione la cessione non spiega alcuna efficacia giuridica rispetto al debitore ceduto, nè può alterare i rapporti giuridici esistenti fra il debitore ceduto ed il cedente. Infatti, poichè la compensazione si opera *di pien diritto* appena i due debiti si incontrano, è chiaro che se al momento della cessione il debitore ceduto è in pari tempo creditore del cedente, il debito ceduto è estinto *ipso iure,* ed il cedente ha trasmesso al cessionario un credito che non esiste: il ceduto pertanto ha il diritto di opporre al cessionario la estinzione del proprio debito, come avrebbe potuto opporla al cedente. È per questo appunto che l'art. 1291 del codice civile dispone che: « la cessione.... non accettata dal debitore, ma che gli fu notificata, *non impedisce la compensazione*, fuorchè dei crediti *posteriori* alla notificazione. »

49. Ora a proposito di questa disposizione sorge una questione importantissima la cui risoluzione in un senso, anzichè nell'altro è feconda di gravissimi effetti. L'articolo 1291 dispone che la cessione impedisce la compen-

(1) Bersano, *De compensationibus* cap. III quaest, 6 n. 25 e segg. — Tyndarus, *De compensationibus* art. VII n. 3 — Medices *De compensationibus* quaest. 43 — Olea, *De cessione iurium et actionum* tit. VI quaest. 11 n. 33.

sazione dei soli crediti *posteriori* alla notificazione di essa. Ma qui si domanda: è necessario, perchè il debitore ceduto possa opporre al cessionario la compensazione dei crediti, che ha verso il cedente, che il credito sia soltanto di data anteriore alla notificazione della cessione, ovvero si richiede inoltre che anche la compensazione si sia avverata prima di questa notificazione? In altri termini di quale natura debbono essere stati i crediti fra cedente e debitore ceduto nel momento della notificazione, perchè questo possa opporre la compensazione al cessionario?

Larombiére, il quale tratta questa questione con una certa ampiezza (1), seguendo l'opinione di Duranton (2) e di Toullier (3), ritiene che la notificazione della cessione impedisce la compensazione dei crediti, che, sebbene anteriori alla medesima, non avevano però ancora tutti gli elementi necessarii alla compensazione legale. Egli nota che il debitore ceduto non può querelarsi che in tal modo il cedente lo priva del beneficio della compensazione; che se lo avesse convenuto in giudizio, egli avrebbe potuto ottenere una compensazione facoltativa, rinunciando sia al termine, sia a qualsivoglia altra eccezione introdotta a suo favore. Imperocchè egli non ha in realtà un diritto acquisito alla compensazione. Certo se egli si fosse valso, prima della notificazione della cessione, di questa facoltà egli avrebbe potuto ottenere questo diritto, ma non avendolo fatto non può pretendere di sperimentarlo.

Contro questa dottrina insorge il Dernburg, secondo il quale, perchè il debitore ceduto possa opporre al cessionario i crediti che ha verso il cedente, basta che il de-

(1) *Traité théorique et pratique des obligations* tom. II pag. 392 e 393 sull'art. 1295 n. 11.

(2) *Droit civil* tom. XII n. 438.

(3) *Le droit civil francais* tom. VII n. 392.

bitore ceduto avesse avuto prima della notificazione una *sicura speranza* di far valere la compensazione se la cessione non avesse avuto luogo; vale a dire, secondo Dernburg basta che i crediti esistessero *prima* della notificazione nè si richiede che essi fossero già compensabili. A giustificazione di questa sua dottrina Dernburg adduce il principio che l'atto unilaterale del cedente non può peggiorare la condizione giuridica del debitore ceduto. Ora siccome quest'ultimo prima della notificazione aveva la facoltà di opporre la compensazione a piacere, è questo un diritto acquisito che non può essergli tolto dalla cessione (1).

Pare a me che l'opinione di Dernburg sia preferibile a quell'altra che esige che i crediti dovessero esser già compensabili prima della notificazione. Tutta la questione infatti si riduce ad accertare se in questo caso il debitore ceduto avesse o no avuto un diritto *acquisito* alla compensazione. Ora per quanto il Larombière si sforzi a dimostrare che il debitore ceduto non ha un diritto quesito egli però non è riuscito ad ottenere lo scopo che si è proposto; se egli riconosce che prima della notificazione il debitore ceduto aveva facoltà di domandare la compensazione, che altra cosa è questa *facoltà* se non un diritto acquisito? Come può la cessione togliergli senz'altro questa facoltà?

A suffragare questa dottrina soccorre a proposito il testo espresso della legge. L'art. 1291 infatti dice che la cessione impedisce la compensazione soltanto dei crediti *posteriori* alla notificazione; dunque la cessione non vieta, a termini di legge, la compensazione dei crediti *ante-*

(1) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 48 pag. 408 — Koch, *Recht der Forderungen* vol. II pag. 707.

riori. Qui la legge non fa distinzione alcuna fra debiti compensabili e non compensabili e *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Vero è che il Larombiére, il quale ha preveduto questa obbiezione, si affretta a combatterla, osservando che nell'art. 1295 del codice francese (corrispondente al nostro art. 1291) il legislatore ha consacrato la dottrina di Pothier, il quale faceva appunto questa distinzione (1). Ma per quanto ciò possa esser vero, il che non mi pare sia dimostrato abbastanza, che il legislatore francese abbia voluto adottare la dottrina di Pothier, questi motivi non possono valere rispetto al codice nostro; nulla troviamo nei lavori preparatorii che possa giustificare questa sottintesa distinzione, nè possiamo quindi accettarla sulla semplice assertiva di uno scrittore per quanto autorevole egli sia.

Ciò posto è chiaro che il debitore ceduto potrà opporre al cessionario la compensazione del suo credito verso il cedente, sebbene il credito ceduto non fosse ancora esigibile nel momento della notificazione, purchè il termine del credito ceduto fosse apposto a favore del debitore; perchè, potendo il debitore in questo caso rinunziare sempre al beneficio del termine, era in sua facoltà di domandare la compensazione. La compensazione a fronte del cessionario non è invece ammissibile se il credito ceduto fosse esigibile nel momento della notificazione, ma non lo fosse il credito del debitore ceduto verso il cedente. Imperocchè in tal caso il cedente avrebbe potuto esigere il pagamento di esso prima della notificazione, senza che il debitore ceduto avesse potuto opporgli la compensazione del proprio credito; avvenuta la cessione, il cessionario avrà lo stesso diritto del cedente, in quanto subentra, per la

(1) *Traité des obligations* n. 596.

cessione in tutte le ragioni a questo spettanti. Nè può dirsi che, se la cessione non fosse avvenuta, il debitore ceduto si sarebbe potuto trovare in condizione di compensare, qualora il suo creditore (cedente) avesse ritardato nell'esigere l'adempimento dell'obbligazione, perchè la semplice possibilità di questo ritardo non era una circostanza tale che potesse conferirgli un diritto acquisito (1).

50. Se per regola il debitore ceduto può opporre al cessionario la compensazione dei crediti verso il cedente anteriori alla notifica della cessione, vi ha però un caso in cui la compensazione non può opporsi al cessionario sebbene si tratti di crediti anteriori alla notificazione. È questo il caso contemplato dalla prima parte dell'art. 1291 del codice civile in cui è disposto: « il debitore che senza condizione o riserva ha consentito alla cessione che il creditore ha fatto delle sue ragioni ad un terzo, non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima dell'accettazione. » Eppure parrebbe doversi dire il contrario; imperocchè se al momento dell'accettazione, il debitore era creditore del cedente, il debito era estinto *ipso jure* in virtù della coesistenza. Quest'accettazione quindi ha in sostanza per oggetto la cessione di un credito già estinto, quindi di un credito inesistente; l'accettazione dovrebbe pertanto esser ancor essa inesistente. Per quale ragione adunque il codice dà valore a quest'accettazione fino al punto di considerarla come un atto che elimina la compensazione fra debitore ceduto e cessionario? Perchè quando il debitore ha consentito alla cessione senza condizione o riserva ha tacitamente rinunciato al beneficio della compensazione, che prima dell'accettazione si era verificata fra il credito

(1) Dernburg, *Compensation* § 48 pag. 408 e 409.

ceduto e quello che gli spettava contro il cedente; suo creditore quindi in virtù dell'accettazione diviene, invece del cedente, il cessionario; e poichè questi non è debitore del ceduto, mancando la reciprocità, non può più opporsi la compensazione al cessionario (1). Ma perchè questa rinunzia possa presumersi è necessario che il debitore ceduto abbia espressamente accettato la cessione con un atto positivo e certo. Quindi non può ritenersi che il debitore ceduto abbia rinunziato alla compensazione per il semplice fatto che egli ha ricevuto in silenzio la notifica della cessione, perchè in questo caso il debitore rimane passivo nè si può presumere la rinuncia ad un diritto, ma essa deve risultare da un atto positivo di volontà del rinunciante (2). Ma potrebbe considerarsi come rinunzia alla compensazione il pagamento degl'interessi fatto dal debitore ceduto al cessionario? Dernburg sostiene che questo fatto non implica di per sè alcuna rinunzia a far valere in seguito la compensazione contro il cessionario, perchè esso rivela soltanto l'intenzione di non voler per ora far uso del diritto di compensazione (3). Questa decisione per altro non mi sembra potersi approvare; il debitore che paga gl'interessi al cessionario eseguisce un atto certo e positivo che implica necessariamente il rico-

(1) Olea, *De cessione jurium* tit. VI quaest. n. 22. — Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 429 p. 441 e 442. — Contra Casaregis, *De commercio* Disc. 31 n. 31 secondo il quale il debitore ceduto non sarebbe privato del diritto di compensare contro il cessionario i crediti che egli aveva verso il cedente prima della sua accettazione che nel caso di una delegazione che opera novazione. L'errore di Casaregis è però dottamente confutato da Massè *Le droit commercial.* tom. IV n. 2299 p. 198.

(2) Corte di Appello di Bologna 8 aprile 1875 Lolli contro Direzione prov. delle Poste di Ferrara *(Giurisprudenza italiana* XXVII, 2, 434).

(3) *Compensation* § 48 p. 416.

noscimento della qualità di suo creditore nel cessionario; gl'interessi di un credito si pagano soltanto al creditore e non ad un terzo col quale non siamo affatto vincolati da un rapporto di obbligazione. Io credo quindi che in questo pagamento vi sia implicita una rinunzia a far valere la compensazione, perchè è un fatto positivo, che, contrariamente a quanto Dernburg asserisce, rivela la intenzione di acconsentire alla cessione; solo nel caso che il debitore pagasse gl'interessi con riserva non potrebbe quel pagamento ritenersi come un atto di accettazione.

51. A questo proposito sorge però un'altra questione ed è se nell'accettazione si debba considerare una rinunzia alla compensazione, anche quando il debitore avesse ignorato l'esistenza del credito per cui si operò la compensazione. Si crede in generale dagli scrittori che l'accettazione della cessione importi necessariamente la rinunzia della compensazione tanto dei crediti la cui esistenza fosse in quel momento nota al debitore, tanto di quelli che egli avesse ignorato (1). Essi però non ci adducono una solida ragione in favore di questa decisione; taluni infatti, come Marcadè, si riferiscono alle osservazioni del Tribunato, il quale nel proporre questa disposizione dell'art. 1295 del codice francese, corrispondente alla lettera al nostro art. 1291, avrebbe dichiarato in modo assoluto che per la sua stessa accettazione il debitore si riputava di aver rinunziato ad ogni specie di compensazione di tutto ciò che il cedente poteva essere a lui debitore (2). Altri, fra i quali il chiarissimo Pacifici-Mazzoni, ammettono la rinunzia perchè la eccezione scritta

(1) Pacifici Mazzoni; *Istituzioni* V. n. 129 p. 263. — Marcadè, *Explication* sull'art. 1295 n. 842. — Duranton. XII, p. 436, ed altri citati da Pacifici.

(2) Fenet, *Travaux prép.* XII p. 163.

nella disposizione finale dell'art. 1295 del codice civile italiano non può, secondo loro, estendersi a danno del cessionario, per mancanza d'identità di ragione.

A me sembra invece che l'accettazione pura e semplice non possa considerarsi come una rinunzia alla compensazione, quando questa siasi operata all'insaputa del debitore, perchè egli ignorava la esistenza del credito che ha prodotto questa estinzione. Come bene osserva Laurent con quella sua logica rigorosa e costante, non vi ha rinuncia se non vi ha volontà di rinunziare; or perchè la volontà di rinunziare esista è necessario che si conosca il diritto al quale si vuol rinunziare, *ignoti nulla cupido*: in questo caso quindi, siccome il debitore ignorava nel momento dell'accettazione l'esistenza di questo suo credito, è manifesto che non può presumersi una rinunzia alla compensazione (1).

Del resto quando il debitore ha accettato senza riserva la cessione e questa accettazione importa rinunzia alla compensazione, il cessionario non può agire, per domandare il pagamento del credito, che contro il solo debitore ceduto; quindi egli non può valersi delle fidejussioni, privilegi ed ipoteche che stavano a guarentigia del credito; perchè il debitore poteva rinunziare alla sua propria liberazione, ma non al beneficio che colla estinzione del debito hanno acquistato i suoi fidejussori (2).

52. Se, affinchè il debitore ceduto perda il diritto di opporre al cessionario la compensazione dei crediti che

(1) Laurent *Principes* tom. XVIII n. 428 p. 442. — Mourlon *Répetitions écrites* tom. II p. 768 n. 1457. — Dernburg, *Compensation* § 48 p. 416. — Riom 12 maggio 1815 (Dalloz. *Répert.* v. *Obligations* n. 2697).

(2) Marcadè, *Explication du Code Napoleon* sull'art. 1295 n. 843. — Duranton XII. p. 455. — Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni* vol. V. n. 129 p. 263.

egli avrebbe potuto opporre al cedente, è necessario che egli abbia accettato senza condizione o riserva la cessione, la cosa è diversa nella trasmissione dei titoli all'ordine e di quelli al portatore.

Quando si tratta di un titolo *all'ordine* trasmissibile mediante girata, l'art. 234 del codice di commercio dispone che: « non sono ammesse contro il possessore di una lettera di cambio le eccezioni che riguardano la persona dei suoi cedenti. » Infatti poichè il soscrittore di un titolo all'ordine si è obbligato a pagare la somma portata dal titolo a chi ne sarà il portatore alla scadenza, egli ha preventivamente rinunciato ad opporgli le eccezioni a cui sarebbero esposti i portatori intermedi; egli quindi non può valersi contro il portatore che della compensazione dei crediti personali verso il portatore stesso (1). Tutto ciò però accade quando la girata sia regolare; perchè nel caso di girata irregolare, siccome essa si considera come un mandato conferito al portatore del titolo, il debitore potrebbe opporre al portatore tutte le compensazioni che egli avrebbe potuto opporre al mandante.

Quando poi si tratta di un titolo *al portatore*, la proprietà del quale si trasmette per via di semplice tradizione, è chiaro che il debitore non può opporre al portatore di esso alcuna eccezione personale ai portatori intermedii e quindi neppur la compensazione, perchè le trasmissioni avvenute da una mano all'altra non lasciano di sè alcuna traccia; nè il debitore potrebbe opporre al portatore attuale la compensazione dei crediti verso i portatori intermedii, ancorchè egli conoscesse e potesse dimostrare le successive trasmissioni del titolo; perocchè la tradizione, in forza della quale egli possiede il titolo, equivale ad

(1) Cod. di comm. art. 234 capov.

una cessione accettata di un'obbligazione ordinaria ed alla girata di un titolo all'ordine. Ma viceversa potrà l'emittente di un titolo al portatore opporre in compensazione al possessore che si presenta per domandarne il rimborso un credito che ha personalmente verso quest'ultimo? La questione è molto controversa. Quelli che sostengono la negativa dicono che siccome i titoli al portatore sono surrogati dalla moneta, il portatore di essi ha diritto al rimborso come se già avesse in suo potere il denaro che quelli rappresentano (1). Ma Dernburg osserva giustamente in contrario che il possessore di un titolo al portatore non ha un credito diverso da quello dei creditori ordinarii e però come questi, così egli deve esser soggetto alle stesse norme riguardanti la compensazione. Nè contro la compensabilità di un credito risultante da un titolo al portatore potrebbe obbiettarsi che essa potrebbe facilmente evitarsi col cedere il titolo ad un terzo incaricandolo di domandare il rimborso, perchè ciò non basta per distruggere una regola che si fonda sulla logica dei principii giuridici. Al debitore, osserva Dernburg, non potrebbe in questo caso negarsi la prova per giuramento che l'attore non agisce *in rem suam*, ma ha soltanto un mandato per esigere (2).

53. Poichè la notificazione della cessione impedisce in confronto del cessionario la compensazione dei crediti

(1) Thöl, *Handelsrecht* vol. I § 54 nota 9 — Bekker, *Iahrbuch des gemeinen Rechts* vol. I pag. 398 segg. — Bluntschli, *Deutsches Privatrecht* II § 117 n. 3. — Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts* III § 225 nota 11.

(2) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 50 pag. 426. — Unger, *Die rechtliche Natur von den Inhaberpapieren* pag. 149 e 150. — Kuntze, *Die Lehre von den Inhaberpapieren* pag. 629 segg. — Renaud, *Zeitschrift für deutsches Recht* vol. XIV p. 344.

posteriori alla notificazione stessa, 1 sorge spontanea la domanda: a chi incombe l'onere di provare che il credito che il debitore ceduto ha verso il cedente era anteriore alla notificazione della cessione? *Probatio incumbit ei qui dicit*, è canone notissimo di diritto. Ora il debitore ceduto ha tutto l'interesse di sostenere che il suo credito è di origine anteriore alla notificazione della cessione, niun dubbio quindi che a lui spetti l'onere di questa prova. Vero è che a quest'onere il debitore soggiace per effetto della cessione e può considerarsi come un fatto che rende peggiore la sua condizione; mentre per regola la cessione non può aver per effetto di peggiorare la condizione giuridica del debitore ceduto giusta il principio: *non potest alteri per alterum iniqua conditio inferri*. Pure, siccome quest'onere è di natura meramente processuale, è un effetto naturale del giudizio e della posizione di convenuto che egli vi assume, il debitore ceduto deve assoggettarvisi, perchè *reus excipiendo fit actor* e *Actor probare debet intentionem suam*. E poichè il debitore ceduto opponendo la compensazione propone evidentemente una eccezione, è chiaro che egli deve somministrare le prove che dimostrano giustificata la sua allegazione (2).

54. Come il debitore ceduto può opporre al cessionario i crediti che egli ha verso il cedente, così il cessionario può opporre al debitore ceduto, che abbia eccepito la compensazione, tutte le eccezioni spettanti al cedente contro il credito del debitore ceduto. Ond'è che il cessionario può in via di replica opporre a quest'ultimo la compensazione, che il cedente avrebbe potuto opporre ai cre-

(1) Cod. civ. art. 1291 capov.

(2) Dernburg, *Compensation* § 48 pag. 410 e 411. — Thöl. *Ausgewählte Entscheidungsgründe* n. 120.

diti del debitore ceduto. E ciò, si noti, anche nel caso che il credito sul quale si fonda la replica non fosse stato a lui ceduto. Potrebbe, è vero, sembrare a primo aspetto che il cessionario si valga di un diritto non suo, di un diritto che non gli fu trasmesso; pure, se ben si consideri la cosa, si vede che è questo un mezzo tendente a conservare il credito acquistato mediante la cessione, un mezzo di prova tendente a dimostrare l'insussistenza della eccezione di compensazione a lui opposta.

55. È appena necessario di accennare che il cessionario, il quale, per effetto della compensazione operatasi fra il credito ceduto ed il credito che il debitore ceduto ha verso il cedente, risentisse una diminuzione, o la estinzione totale del credito a lui trasmesso a titolo oneroso, ha necessariamente il diritto di regresso contro il cedente. Imperocchè quegli che cede un credito ha l'obbligo di garantirne la sussistenza al tempo della cessione, sebbene questa si faccia senza garantia (1). Che anzi il cessionario avrebbe il diritto di ritenere il prezzo della cessione anche a causa della sola possibilità che venga a lui opposta una eccezione di compensazione che possa estinguere o menomare il credito ceduto, salvo che il cedente non dia cauzione per la esistenza del medesimo (2).

56. Se però sia stato ceduto un credito colla clausola espressa che il cedente non si obbliga a guarentirne la regolarità, avrà il cessionario il diritto di regresso contro il cedente nel caso che egli dovesse sopportare la compensazione del credito ceduto a causa dei debiti del cedente verso il debitore ceduto? In altri termini il cessionario, che abbia rinunziato alla prestazione della garantia, ha assunto anche il rischio della compensazione? Osserva

(1) Cod. civ. art. 1542.
(2) L. 24 cod. *De evictione*.

giustamente Dernburg che il cessionario non può mai agire in regresso contro il cedente a causa dei vizii da cui il credito ceduto è affetto; che però il cessionario potrebbe con ragione allegare che egli ha dovuto estinguere del proprio debiti il cui pagamento incombeva al cedente; che quest'ultimo per conseguenza in occasione della cessione si è arricchito a danno del cessionario contro la legge del contratto (1). Che anzi lo scrittore alemanno non esita ad accordare al cessionario una *condictio sine causa* anche nel caso che la cessione sia stata fatta a titolo gratuito, in quanto per effetto di quella compensazione il donante si sarebbe arricchito di un possesso patrimoniale già attribuito al donatario. Solo nell'ipotesi che il debitore ceduto non avesse avuto alcuna azione contro il cedente, per esempio perchè il credito di quello era già estinto a causa di prescrizione, siccome in questo caso si tratterebbe di un'obbligazione semplicemente naturale, il cessionario non avrebbe alcuna azione contro il cedente (2).

57. Il principio che la cessione non impedisce al debitore ceduto di opporre la compensazione dei crediti nati anteriormente alla notifica di essa (3), ha luogo anche nell'ipotesi che lo stesso credito sia stato ceduto più volte. Epperciò i cessionarii posteriori sono soggetti alla compensazione del credito ceduto che si sia verificata coi crediti che il debitore ceduto ha sia verso il cedente, sia verso i cessionarii anteriori fino al momento che abbia notificata la cessione al debitore, di guisa questo ha il

(1) Arg. L. 29 e 39 D. *De contrahenda emtione;* l. 2 in fin. Cod. *De act. emti.*

(2) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 48 pag. 413 — Fitting, *Archiv für civilistische Praxis* vol. XLVII pag. 287; vol. XLVIII pag. 308.

(3) Cod. civ. art. 1291 cap.

diritto di compensare coi diversi cessionarii tutti i crediti nati prima delle rispettive notificazioni (1).

Ciò però accade secondo il nostro diritto, il quale non avendo emanato rispetto a questo caso di più cessioni dello stesso credito alcuna disposizione speciale di legge, ci invita naturalmente a ricorrere all'art. 1291 del codice civile e ad applicarlo per analogia. Vi sono però delle legislazioni moderne, che, preoccupate dal pericolo che il commercio dei crediti dovesse esser reso difficile e complicato, qualora il debitore ceduto avesse potuto compensare anche in confronto dei cessionarii intermedii considerano le cessioni intermedie come non avvenute e perciò hanno tolto il diritto di compensare. Così il § 1442 del Codice civile Austriaco dispone che: « Se il credito passa successivamente in più persone, potrà bensì il debitore compensarlo col credito suo proprio che aveva al tempo della cessione verso il primo detentore, come pure verso l'ultimo detentore, ma non già col credito che avesse verso uno dei detentori intermedii » (2). Lo scopo però che queste legislazioni si propongono, di evitare cioè le troppe complicazioni e la mancanza di sicurezza degli acquirenti dei crediti, che deriverebbe se si ammettesse in questo caso la compensazione in confronto dei cessionarii intermedii, non si raggiunge. Imperocchè ogni cessionario corre sempre il rischio di acquistare un credito estinto, se non faccia concorrere nella cessione il debitore ceduto (3). Migliore

(1) Dernburg, *Compensation* § 48. — Voet, *Comm. ad Pandectas* tit. *De compensationibus* n. 5 — Duranton, tom. XII n. 441.

(2) Nello stesso senso dispone il *Landrecht* prussiano I. 16. § 316.

(3) Basevi, *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco* sul § 1445 pag. 287.

quindi più rispondente alla logica dei principii è il sistema seguito dal nostro codice.

58. I principii che si applicano rispetto alla compensazione nelle cessioni, si applicano anche nel caso che si tratti di un *legato di credito*, essendo anche questo un caso di successione singolare. È noto che per la validità del legato di credito si richiede come condizione essenziale l'esistenza di esso al tempo della morte del testatore; però il legato di un credito è valido, sebbene all'epoca in cui il legato fu lasciato il debitore di esso avesse verso il testatore un credito eguale fornito di tutte le condizioni necessarie per la compensazione; che anzi il legato è valido sebbene il debitore, durante la vita del testatore, abbia posteriormente acquistato un credito contro di esso; e la ragione della sua validità si è perchè il credito legato esiste indipendentemente dall'altro credito malgrado la loro coesistenza; non si verifica quindi la estinzione *ipso iure*.

Che il debitore del credito legato possa però opporre al legatario, come successore a titolo singolare del testatore, la compensazione dei crediti che egli aveva verso il testatore, non ammette alcun dubbio. Ma quel che a primo aspetto può sembrar singolare si è che il debitore del credito legato possa opporre al legatario la compensazione anche dei crediti che egli ha verso l'erede. La cosa però è chiarissima sol che si rifletta alle disposizioni di legge concernenti questa materia. Infatti, sebbene qualunque legato puro e semplice attribuisce dal giorno della morte del testatore il diritto al legatario di conseguire la cosa legata (1); pure il legatario deve domandare all' erede il

(1) Cod. civ. art. 862.

possesso della cosa legata (1); in altri termini la trasmissione del legato si opera per mezzo dell'erede e si verifica dal momento della consegna. Per questo accade che confondendosi il patrimonio del defunto con quello dell'erede, il debitore dell'eredità può opporre utilmente la compensazione del proprio credito verso l'erede col debito verso l'eredità che fu legato ad un terzo. È superfluo però il notare che in questo caso il legatario ha diritto di domandare con un azione *ex legato* il credito del cui valore l'erede si è arricchito mediante la compensazione.

Potrà il legatario sperimentare i suoi diritti contro l'erede nel caso che il credito legato sia rimasto estinto per effetto della compensazione coi crediti verso il testatore? Poichè per regola generale l'erede è tenuto ad estinguere i debiti dell'eredità, si comprende che l'estinzione del credito del debitore dell'eredità deve andare a carico dell'erede e non del legatario; ond'é che se il legatario dovesse subire la compensazione del credito legato avrebbe diritto di domandare all'erede con un'azione *ex legato* il valore di quanto esso si arricchì a causa del legato. Se però il testatore avesse imposto esplicitamente o implicitamente al legatario il carico di estinguere il debito, l'erede avrebbe il diritto di negare al legatario la consegna del credito legato fino a che esso non abbia dichiarato di assumere sopra di sè l'estinzione; ovvero, nel caso che l'erede non si sia prevalso di questo diritto, potrà costringere il legatario a restituire ciò che si è ingiustamente appropriato (2).

(1) Cod. civ. art. 863.
(2) Dernburg. *Compensation* § 49 pag. 420 e 421.

§ II.

ESIGIBILITÀ DEI CREDITI.

SOMMARIO

59. La seconda delle condizioni che si richieggono per la compensazione legale si è che i due debiti debbono essere *egualmente esigibili*. Questo requisito risulta espressamente dalla disposizione dell'art. 1287 del codice civile. Ma che cosa si ha da intendere per *esigibilità* dei crediti fra i quali si vuole operare la compensazione? Alcuni scrittori dicono che un credito si dice *esigibile* quando il creditore può esigerne il pagamento senza che il debitore possa opporgli un'eccezione che distrugge l'azione (1). Questa definizione non è esatta; imperocchè non è solo inesigibile un credito quando esso venga distrutto da una eccezione perentoria, ma anche quando il suo esercizio venga ritardato da una eccezione dilatoria. Epperò più giusta mi sembra la definizione che della *esigibilità* propone il Massè, il quale scrive: « un debito è *esigibile*, quando il creditore ha attualmente il diritto di esigerne il pagamento, e che l'esercizio del suo diritto non può

(1) Laurent, *Principes de droit civil* tom. XVIII n. 407 p. 425.

esser sospeso da alcuna eccezione dilatoria » (1). In altri termini, come saviamente avverte Larombière (2), l'esigibilità dev'essere intesa nel suo più largo significato; essa significa l'esistenza di un'azione giuridica per reclamare il pagamento.

60. Chiara è la ragione per cui si richiede la esigibilità dei crediti nella compensazione legale. Il creditore che ha un credito esigibile ha il diritto di domandarne immediatamente il pagamento; non così quegli il quale ha un credito attualmente non esigibile. Quindi è che se il primo creditore fosse costretto a compensare un credito di cui non può ancora essergli domandato il pagamento, si violerebbe il suo diritto e la compensazione per tal guisa riuscirebbe ad uno scopo contrario a quello per cui fu introdotta (3).

61. Se un credito si dice *esigibile*, quando vi ha un'azione giuridica per domandarne attualmente il pagamento ciò vuol dire, come già fu notato, che esso deve essere esente da eccezioni che distruggono la sua esistenza o ne ritardino l'esercizio, La compensazione quindi di due crediti può essere eliminata da eccezioni *perentorie* e da eccezioni *dilatorie*. Questo naturalmente ci obbliga ad esaminare separatamente i casi in cui la compensazione dei crediti non può verificarsi a causa delle eccezioni dell'una e dell'altra specie che rendono il credito inesigibile.

(1) *Le droit commercial dans ses rapports* etc. tom. IV n. 2260 pag, 156.

(2) *Théorie et pratique des obligations* vol. II sull'art. 1291 n. 24 pag. 367.

(3) LAURENT, *Principes* tom. XVIII n. 407 p. 425.

A. *Delle eccezioni perentorie che impediscono la esigibilità dei crediti.*

SOMMARIO.

62. Se il titolo su cui il credito si fonda sia invalido la compensazione è inammissibile.

63. Dei crediti di giuoco e di scommesse. — Quali siano secondo il codice civile italiano. — Si considerano come obbligazioni naturali.

64. Le obbligazioni *naturali* sono esse compensabili? — Si esamina la questione dal punto di vista del diritto romano. — Distinzioni da farsi.

65. È ammissibile la compensazione di un'obbligazione *naturale* a termini del diritto civile italiano? — Natura giuridica delle obbligazioni naturali nel diritto moderno. — Soluzione della questione.

66. Un credito *prescritto* può venire in compensazione? — Si esamina il duplice caso che cioè la prescrizione si sia compiuta prima o dopo l'avverarsi della compensazione. — Soluzioni corrispondenti.

62. Che la compensazione sia impossibile quando uno dei due crediti non abbia un titolo valido si comprende di per sè. In questo caso non vi hanno due crediti che coesistono insieme, ma vi ha un sol credito, il quale solo può spiegare la sua efficacia giuridica. Sarebbe quindi impossibile la compensazione fra due crediti uno dei quali avesse per oggetto una prestazione giuridicamente impossibile, come sarebbe quello per esempio risultante da un patto di futura successione, essendo notissimo che siffatti contratti sono dichiarati nulli dalla legge. Di questo caso non intendiamo occuparci ulteriormente essendo materia che non ammette alcun dubbio.

63. Vogliamo piuttosto occuparci dei crediti derivanti da giuoco o scommessa. Giuridicamente per *giuoco* s'intende quel divertimento accompagnato dal patto che il vin-

citore deve lucrare una somma a danno del perditore; per *scommessa* s'intende quel patto di vincita o di perdita dipendente dal fatto di terzi o dalla sorte. Tanto la morale quanto le leggi positive hanno in ogni tempo condannato i giuochi così detti *di azzardo*. Il diritto moderno si è in questo conformato alle disposizioni delle leggi anteriori.

L'art. 1802 del codice civile italiano (corrispondente all'art. 1965 del codice Napoleone) dichiara che: « la legge non accorda azione veruna pel pagamento di un debito di giuoco o di scommessa ». Interminabili sono le controversie sollevate dagli scrittori per mettere in chiaro il significato giuridico di questa disposizione; imperocchè taluni hanno considerato i debiti derivanti dal giuoco e dalle scommesse come dipendenti da una causa illecita, mentre altri li hanno considerati come obbligazioni naturali. Opinioni queste false ambedue perchè troppo assolute (1).

Non potrebbero infatti considerarsi come obbligazioni naturali quei giuochi che la legge penale considera come reati (2) e che senza dubbio sono compresi nella categoria di quei giuochi nei quali la legge nega al vincitore l'azione. Nè possono considerarsi come obbligazioni i debiti derivanti da giuochi di semplice passatempo; perocchè in questi ultimi neppure si può parlare di obbligazione, essendo la volontà dei giuocatori diretta piuttosto alla ricreazione dello spirito, anzichè ad un'obbligazione giuridica. Solo nei giuochi di speculazione può dunque entrare il concetto di obbligazione. Ma quali sono i giuochi di speculazione contemplati dall'art. 1802 del codice civile? Non certo quelli che costituiscono una contravvenzione o un

(1) GIORGI, *Teoria delle obbligazioni* vol. III. n. 351 pag. 410. — TROPLONG, *Des contrats aléatoires* nn. 177 e segg.

(2) Codice penale art. 474 e segg.

delitto, perchè l'obbligazione che ne deriva ha per oggetto una prestazione illecita, che la legge non può riconoscere. Non i giuochi viziati da dolo o da frode per parte del vincitore, perchè l'art. 1804 del codice civile, negando la *soluti retentio*, toglie loro anche il valore di obbligazione naturale. Neppure vi sono compresi i giuochi diretti all'esercizio del corpo, perchè l'obbligazione, che dai medesimi deriva, è considerata dall'art. 1803 del codice civile come una obbligazione civile.

Resta in tal modo dimostrato che l'art. 1802 del codice civile si riferisce ai soli debiti derivanti dai giuochi così detti *di azzardo*. E qui si deve notare, col Giorgi (1), che in senso giuridico si considerano come debiti di giuoco non solo le conseguenze delle vincite o delle perdite fra le parti contraenti, ma anche le obbligazioni assunte verso un mandatario, che siasi scientemente costituito intermediario del giuoco, o che abbia eseguito l'incarico di giuocare per il mandante. Nè basta; che come tali si considerano anche le obbligazioni derivanti da anticipazioni, che durante il giuoco un giuocatore avesse fatto all'altro per continuare nel giuoco stesso (2). Non potrebbero invece considerarsi come debiti di giuoco le obbligazioni contratte verso un terzo, il quale, essendo rimasto assolutamente estraneo al giuoco, avesse ricevuto incarico dal perditore di pagare il vincitore, o avesse prestato denaro ad un giuocatore (3). Che anzi gli autori riconoscono in generale una obbligazione civile nell'ipotesi che un giocatore, terminato

(1) *Teoria delle obbligazioni* vol III. n. 358 pag. 416.
(2) Troplong, *Contrats aléatoires* n. 67. — Pont, *Contrats aléatoires* I, 674.
(3) Giorgi, op. cit. n. 359 ag. 416. — Troplong, op, cit. n. 68.

il giuoco, avesse prestato denaro al perditore per pagare il suo debito al vincitore (1).

L'art. 1802 del codice civile non accorda azione civile pel pagamento dei debiti di giuoco e delle scommesse; nello stesso tempo però l'art. 1804 dichiara la irretrattabilità del pagamento *volontario*, purchè per parte del vincitore non vi sia stato dolo o frode, e purchè il perdente non sia minore di età, interdetto o inabilitato. In altri termini la legge considera i debiti derivanti da un giuoco di azzardo come obbligazioni naturali. Dovremmo quindi esaminare a questo punto se sia ammessa la compensazione fra un debito di giuoco ed un debito ordinario. Ma poichè questa questione si compenetra con l'altra più generale se cioè possa opporsi in compensazione una obbligazione naturale, così dovendo noi trattare ora di quest'ultima questione la decisione della prima trova opportunatamente il suo posto nella seconda.

64. Esaminiamo dunque la questione se le obbligazioni *naturali* siano suscettibili di compensazione nel diritto civile moderno.

I giureconsulti romani, come è noto, distinguevano la *obligatio civilis* dalla *naturalis*. La caratteristica distintiva di queste due specie di obbligazioni nel diritto romano stava in questo che mentre l'obbligazione naturale era sprovveduta di azione, entrambe però erano produttive di effetti giuridici. Certo l'obbligazione civile, munita com'era di azione, produceva effetti giuridici sotto tutti gli aspetti; l'obbligazione naturale invece non produceva che effetti giuridici assai limitati. Questi effetti giuridici si riducevano

(1) Troplong, op. cit. n. 68. — Pont, op. cit. I, 650. — Ballot, *Révue de droit français et éntranger*, VI, pag. 309. — Giorgi, op. cit. n. 359 e gli altri citat da lui.

alla *soluti retentio*, che si accordava al creditore per respingere il debitore, il quale dopo aver eseguito volontariamente il pagamento avesse agito per ripetere ciò che aveva pagato (1); inoltre il creditore aveva lo *jus retentionis*, la fidejussione, il pegno, l'ipoteca o la novazione per mezzo dei quali si procurava un'obbligazione accessoria o nuova, a garanzia o in surrogazione dell'obbligazione naturale.

Ma l'obbligazione naturale poteva secondo le leggi romane opporsi in compensazione?

A questa domanda non può rispondersi in un modo assoluto. Imperocchè le obbligazioni naturali del diritto romano avevano un'efficacia giuridica diversa secondo il diverso motivo del loro riconoscimento. Eranvi infatti obbligazioni naturali, alle quali si attribuiva indirettamente efficacia giuridica, perchè secondo la convinzione generale il rapporto di obbligazione dovrebbe essere efficace, ma le leggi positive non gli hanno accordato azione. A questa categoria appartenevano le obbligazioni contratte da persone *alieni juris* nei rapporti fra loro o col *paterfamilias*, e le obbligazioni degli schiavi. Vi era poi un'altra specie di obbligazioni naturali, alle quali si attribuiva efficacia giuridica indiretta, perchè il diritto voleva rispettato il dovere morale in esse contenuto ed ammetteva quindi la *soluti retentio* e la conferma per novazione. A questa classe appartenevano le obbligazioni contratte dal pupillo senza l'autorità del tutore.

Ciò posto, soltanto le obbligazioni naturali della prima specie erano suscettibili di compensazione, perchè la compensazione, sebbene per via indiretta, mira al soddisfacimento delle ragioni del creditore, indipendentemente dalla

(1) L. 7. § 4. D. *De pactis* l. 64 D. *De condictione indebiti.*

volontà di colui che è obbligato naturalmente. Vero è che Ulpiano proclama come principio: *Etiam, quod natura debetur, venit in compensationem* (1); niuno però ci autorizza ad affermare, come nota Dernburg, che questa regola valesse indistintamente in tutti i casi di obbligazione naturale (2).

Erano senza dubbio compensabili le obbligazioni naturali degli schiavi verso i loro padroni; e l'obbligazione che rimaneva dopo distrutta l'azione mediante la *litiscontestatio* (3). Non era invece compensabile l'obbligazione assunta dal pupillo senza l'autorità del tutore; nè quella che rimaneva dopo una sentenza che avesse ingiustamente dichiarato un credito inesistente. Quest'obbligazione poteva esser guarentita da fidejussione, ma non opposta in compensazione. Che anzi gravi dubbii vi hanno fra gl'interpreti delle leggi romane se potesse opporsi in compensazione l'obbligazione naturale risultante da un mutuo fatto ad un figlio di famiglia contro il divieto del Senatoconsulto Macedoniano; anzi Dernburg opina adirittura che non potesse opporsi in compensazione, appoggiandosi allo spirito da cui era stato dettato quel divieto, per togliere cioè al creditore ogni mezzo tendente al rimborso coattivo del prestito (4).

All'infuori di questi casi però, come abbiamo osservato, la compensazione delle obbligazioni naturali nel diritto romano era ammessa.

65. Ma sarà egualmente ammessa la compensazione di un'obbligazione naturale a termini del diritto civile italiano?

(1) L. 6, D. *De compensationibus*.
(2) *Geschichte und Theorie der Compensation* § 55 pag. 470.
(3) L. 20 § 2. D. *De statulib.*; L. 28 § 7. D. *De donat. inter vir. et ux.* L. 6 § 1. D. *Ratam rem hab.*
(4) *Compensation* § 55 pag. 471.

Vediamo anzitutto quale sia l'indole dell'obbligazione naturale nel diritto moderno.

I giureconsulti romani allato alle obbligazioni civili collocarono le obbligazioni naturali per eludere le forme rigorose del gius civile e per adattare le norme giuridiche ai nuovi bisogni creati dalla progrediente civiltà. Quelle ragioni che persuasero i giureconsulti romani a creare le obbligazioni naturali distinte dalle civili, sono oggi scomparse. Il diritto civile moderno ha perduto quel carattere di rigoroso formalismo tutto proprio dello *jus civile* dei romani, per guisa che una tale distinzione rimane assolutamente inutile. Nondimeno l'art. 1237 del codice civile italiano riconosce espressamente le obbligazioni *naturali* disponendo che: « la ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni *naturali*, che si sono *volontariamente* soddisfatte. » Sorge pertanto la questione per sapere che cosa si abbia da intendere per *obbligazione naturale*; se con quella disposizione il legislatore italiano abbia voluto risuscitare l'*obligatio naturalis* delle leggi romane ed attribuire alla medesima tutti gli effetti giuridici che quelle le attribuivano; o abbia invece voluto soltanto attribuir loro l'irretrattabilità del pagamento. Noi non ci occuperemo delle gravi ed ardenti controversie che si agitano a questo proposito nel campo della dottrina e della giurisprudenza; esse furono già discusse e riassunte in modo veramente ammirabile da penna assai più autorevole che non sia la nostra (1).

Le obbligazioni *naturali* del diritto civile moderno

(1) Consulta Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto civile moderno* vol. I n. n. 38 e segg. pag. 38 e segg. in cui sono riassunti e confutati i principali sistemi concernenti l'obbligazione naturale con un corredo di dottrina e con una copia di erudizione più unica che rara.

hanno un carattere ben diverso dalle *obligationes naturales* del diritto romano. Questo non ha per noi efficacia di legge, ma vale soltanto come una fonte di dottrina per interpretare e spiegare le leggi esistenti in tutti quei rapporti ed in tutti quegli instituti giuridici che non hanno subìto variazioni o modificazioni nel diritto moderno. Ora il codice civile italiano attribuendo a quelle, che esso chiama obbligazioni naturali, il solo effetto della irretrattabilità del pagamento volontario, dimostra chiaramente che per obbligazioni *naturali* intende di parlare delle *obbligazioni di pura coscienza*, essendo l'irretrattabilità del pagamento effetto comune a tutti gli obblighi di coscienza. Non può dunque il legislatore italiano aver voluto far rivivere le *obligationes naturales* del diritto romano (1).

Venendo ora alla questione della compensazione è chiaro che le obbligazione naturali del diritto civile italiano non sono suscettibili di compensazione, perchè l'articolo 1287 del codice civile richiede che i due crediti siano *esigibili*, vale a dire dipendenti da obbligazioni civili. Nè si dica che siccome la compensazione produce lo stesso effetto del pagamento, mira cioè, come questo, a soddisfare le ragioni dei creditore, come il pagamento è irrevocabile nelle obbligazioni naturali, così deve ammettersi anche la compensazione; perchè a produrre la irrevocabilità del pagamento nelle obbligazioni naturali si richiede che il pagamento sia *volontario* e *spontaneo*, mentre nella compensazione si riuscirebbe ad un pagamento *coattivo* contro la volontà del debitore in quanto essa si verifica *ipso jure* per virtù di legge (2).

(1) Giorgi, op. cit. n. 54 p. 60 e 61. — Anche l'illustre Prof. Gabba sostiene la medesima opinione (*Teoria della retroattività delle leggi in materia civile* tom. IV p. 11).

(2) Molitor, *Les obligations en droit romain* tom. II n. 994. —

66. Dobbiamo ora esaminare un'altro caso di eccezione perentoria quello cioè della prescrizione e quale influenza essa eserciti sulla compensazione. In altri termini un credito prescritto può venire in compensazione? Qui noi dobbiamo distinguere due casi; quello cioè in cui il credito era già prescritto prima che la compensazione si verificasse e quello in cui la prescrizione abbia cominciato a decorrere dopo che la compensazione si è verificata.

Se la prescrizione del credito avvenne prima che si verificassero le condizioni necessarie per la compensazione, siccome il credito perde la efficacia di obbligazione civile per effetto della prescrizione, diviene un'obbligazione puramente naturale, e così la compensazione rimane esclusa (1). Il che doveva accadere anche secondo le leggi romane; perchè sebbene, malgrado la prescrizione del credito, rimanesse una *obligatio naturalis*, la quale ammetteva il pagamento *volontario*, tuttavia siccome ripugna allo scopo della prescrizione qualsivoglia coazione, anche indiretta, al pagamento, così la compensazione di un credito prescritto doveva essere esclusa. Questa decisione vien confermata dal silenzio delle fonti; supposto infatti che un credito prescritto fosse stato per diritto romano suscettibile di compensazione, non si saprebbe spiegare come mai i giureconsulti romani non abbiano messo in evidenza un effetto così importante (2).

DESJARDINS, *De la compensation* p. 401. — LAURENT, *Principes* tom. XVIII n. 408 p. 425 e 426.

(1) BERSANO, *De Compensationibus* Cap. I quaest. 6. n. 28 pag. 17.

(2) In questo senso DERNBURG, *Compensation* § 55 pag. 473 — BRINCKMANN, *Wissenschaftliche praktische Rechtskunde* p. 144 segg. — UNTERHOLZNER, *Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre* vol. II § 458 pag. 229 (2. ediz. Leipzig 1858). ARNDTS — SERAFINI, *Trattato delle Pandette* § 277 nota 1. — UNGER, *Oesterreichisches Privatrecht* vol. II pag. 438 nota 9 — LEROUX DE

Una singolare opinione è stata sostenuta a questo proposito dal Larombière, il quale crede che anche un credito prescritto sia suscettibile di compensazione nel caso che il debitore non abbia opposto la prescrizione o vi abbia rinunziato; secondo questo scrittore, è verissimo che non si può fondare la compensazione su di un'obbligazione prescritta; ma se la prescrizione non sia stata opposta ed esistano tutte le condizioni perchè la compensazione possa operare, essa si compie malgrado la prescrizione (1). Se non che lo scrittore francese dimentica che i debiti prescritti perdono l'efficacia di obbligazione civile, cioè si estinguono e conservano soltanto il valore di obbligazione puramente *naturale*. Ora, come abbiamo di sopra dimostrato, le obbligazioni naturali non si compensano, è quindi indifferente che la prescrizione sia stata o no opposta. Certo se il debitore dimentica di opporre la prescrizione, il magistrato pronunzierà a favore della compensazione, perchè esso non è un indovino; quantunque mi sembri assai difficile questo caso in quanto la data stessa dell'obbligazione serve come guida per la prescrizione; ma ancorchè ciò avvenisse, sarebbe questa una circostanza assolutamente accidentale che non si può assumere come regola. Quando poi il debitore abbia rinunziato alla prescrizione potrà senza dubbio verificarsi una compensazione facoltativa, ma una compensazione legale giammai (2).

BRETAGNE, *Nouveau Traitè de la Prescription en matière civile* tom. I n. 12 pag. 14. — DESJARDINS, *Compensation* pag. 401. In senso contrario WEBER, *Natürliche Verbindlickeiten* § 92.— SAVIGNY, *System* vol. V pag. 404 — PUCHTA, *Istituzioni* § 288 — KOCH, *Recht der Forderungen* vol. II pag. 712.

(1) *Théorie et pratique des obligations*. tom. II pag. 367 sull'art. 1291 n. 25.

(2) DESJARDINS, *Compensation* p. 401 e 402.

Che se la prescrizione del credito si sia avverata *dopo* che si verificò la compensazione, in tal caso la prescrizione sopravvenuta non può togliere efficacia giuridica alla compensazione che si è già operata; questa è un fatto compiuto che la prescrizione susseguente non può davvero distruggere. E si comprende di leggieri la ragione. Il credito era già estinto *ipso jure* in virtù della compensazione dal momento della coesistenza coll'altro credito. Come se quel credito fosse stato estinto in virtù di pagamento, la prescrizione non avrebbe potuto esercitare su di lui influenza di sorta, così la compensazione, che produce effetti identici a quelli del pagamento, non può soffrire alcuna modificazione dalla prescrizione posteriormente avveratasi, giusta il principio notissimo che: *factum infectum fieri nequit.* Basta quindi che il debito non ancora prescritto abbia coesistito con l'altro debito per un solo istante, perchè la compensazione si sia verificata di pien diritto, malgrado la prescrizione sopravvenuta (1). Questa regola vale tanto se si adotti il sistema dell'estinzione *ipso jure* in virtù della legge, come fa il codice nostro, quanto se si adotti l'altro sistema secondo il quale la compensazione non si opera che in virtù della domanda delle parti. Soltanto si vuole avvertire che in quest'ultimo caso il principio, che giustifica questa regola è il noto adagio: *Quae temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.* « I diritti di eccezione, scrive Dernburg, che come si disse è fautore di questo secondo sistema, sono imprescrittibili, perchè il tempo per farli

(1) In senso conforme Bersano *De compensationibus* cap. I quaest. 6 n. 26 p. 17. — Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 409 pag, 426. — Dernburg, *Compensation* § 55 p. 473. In senso contrario Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* § 350 nota 2.

valere non dipende da chi li possiede e perchè lo scopo ordinario della prescrizione delle azioni si è quello di conservare lo stato di fatto esistente e non di produrre un cambiamento col distruggere eccezioni; perchè finalmente al debitore, cui appartiene un'eccezione, non deve rimproverarsi l'inazione dell'avversario » (1).

(1) *Compensation* § 55 pag. 474.

13 *Delle eccezioni dilatorie che sospendono la esigibilità dei crediti.*

SOMMARIO.

67. Si enumerano in generale le eccezioni che sospendono la esigibilità dei crediti,

68. I crediti soggetti a condizione *sospensiva* sono compensabili? — Effetto della condizione sospensiva in generale. — Inammissibilità della compensazione di questi crediti. — L'effetto retroattivo inerente alla condizione sospensiva verificata esercita influenza rispetto alla compensazione? — Soluzione negativa.

69. Possono opporsi in compensazione i crediti soggetti a condizione *risolutiva*? — Effetto della condizione risolutiva in generale. — Ammissibilità della compensazione in questo caso.

70. I crediti soggetti ad *annullamento* o a *rescissione* sono compensabili? — Confutazione di alcune obbiezioni. — Soluzione della questione.

71. I crediti soggetti a *termine* sono compensabili? — Effetto del termine in generale. — La compensazione dei crediti a termine non si può mai far valere a danno della parte a cui favore il termine fu stabilito. — Neppure con deduzione dello *sconto*.

72. Possono opporsi in compensazione i crediti *cambiarii* a termine? — Cambiali con scadenza a tempo determinato. — A tempo indeterminato. — A vista.

72. *bis*. Può il trattario riservarsi nell'atto dell'accettazione il diritto di compensare i suoi crediti verso il portatore col debito risultante dall'accettazione? — Diversità di opinioni in proposito? — Soluzione della questione.

73. Casi in cui, malgrado la stipulazione del termine a favore del debitore, la compensazione è ammissibile. — Del caso in cui il debitore sia dichiarato *non solvente* o abbia diminuito le guarentigie del creditore.

73. *bis*. I crediti a termine resi esigibili dal *fallimento* possono venir compensati? — Soluzione negativa della questione. — La stessa decisione si applica ai crediti sì civili, che commerciali.

74. Delle dilazioni di favore concesse al debitore. — Se e quando impediscano la compensazione. — Dei *moratorii generali*. — Delle dilazioni accordate dall'autorità giudiziaria.

75. Le dilazioni accordate dai creditori al fallito concordatario impediscono la compensazione dei crediti esigibili verso il medesimo? — Soluzione in senso affermativo. — Casi in cui la compensazione è ammissibile.

76. La compensazione viene sospesa anche dall'*exceptio non adimpleti contractus*. — Applicazione della regola ad un caso contemplato dall'art. 1510 del codice civile.

67. Il requisito della *esigibilità* importa che possano venire in compensazione quei soli crediti dai quali deriva un'obbligazione *presente* di pagamento; non può quindi invocarsi la compensazione di quei crediti il cui esercizio è impedito da circostanze, che danno diritto alla controparte di opporre eccezioni che hanno la virtù di sospendere temporaneamente l'adempimento dell'obbligazione e che perciò si dicono *dilatorie*, in opposizione alle altre, che abbiamo di sopra esaminato e si dicono *perentorie* in quanto perimono e distruggono del tutto l'esistenza del credito (1). Queste eccezioni dilatorie si riducono alla condizione sospensiva, al termine ed all'eccezione che prende il nome speciale di *exceptio non adimpleti contractus*. Analizziamo separatamente ciascuna di queste cause che vietano temporaneamente l'efficacia della compensazione.

68. I crediti la cui esistenza dipende dal verificarsi di una condizione *sospensiva* sono compensabili? È noto che un'obbligazione soggetta a condizione sospensiva, *pendente conditione*, costituisce un vincolo giuridico che ha per oggetto la speranza di quella obbligazione (*spes debitum iri*), ma l'obbligazione non esiste ancora, prima che la condizione si verifichi (*nihil interim debetur*). In questo frattempo quindi il creditore non può domandare l'adempimento del contratto, eccettuato il caso che fosse stata stipulata l'esecuzione provvisoria (2). Epperò se il creditore domandasse giudizialmente l'adempimento dell'obbligazione

(1) C. C. Torino 6. settembre 1867 Gottardo contro Sindaci del fallimento Accossato (*Legge*, VII, 1, 1159).

(2) L. 54 D. *De verb. sign.*; l. 203 Dig. *eod.*; § 4. Inst. *De verb. oblig.*

soccomberebbe necessariamente. Il solo diritto che ha, pendente la condizione, il creditore di un'obbligazione condizionale si è quello di potere sperimentare tutti i provvedimenti conservativi necessarii per tutelare la esistenza del suo credito. All'infuori di questo, l'obbligazione condizionale, che forma pur parte del suo patrimonio e costituisce un vero diritto quesito, non conferisce *pendente conditione* al creditore alcun altro diritto. Neppure la prescrizione acquisitiva può mai correre fra creditore e debitore mentre pende la condizione, (1) come non può correre prescrizione estintiva in favore del debitore condizionale (2).

È chiaro pertanto che come il creditore di un'obbligazione condizionale non può domandare al suo debitore, finchè pende la condizione, il pagamento di essa, così non può neppure opporre il credito condizionale in compensazione dei suoi debiti scaduti. Ed è appunto in virtù di questa regola che la giurisprudenza francese ha deciso che l'accettante allo scoperto di una cambiale, che colla sua accettazione diviene creditore eventuale del traente, qualora dovesse pagare in seguito la cambiale senza aver ricevuto la provvista dei fondi, non può opporre in compensazione l'ammontare della sua accettazione, se divenisse debitore del traente prima di aver ricevuto la provvista dei fondi (3). In questo caso infatti l'accettante allo scoperto, non avendo ancora pagato, non è altro che un creditore condizionale (4).

(1) L. 8 pr. D. *De peric. et comm.* L. 2 § 2 D. *Pro emtore*; L. 1. § 2. D. *Pro dote.*

(2) Cod. civ. art. 2120 — L. 1 § 1 e 2 Cod. *De ann. exc.*; L. 8 D. *De praescript. XXX vel XL ann.*

(3) Corte di Parigi 11 giugno 1825 (*Sirey* 25, 2, 391); Cass. francese 20 decembre 1837 (*Sirey*, 38, 1, 46).

(4) Desjardins, *Compensation* p. 402 — Massè op. cit. t. IV n. 2270.

Quando la condizione si sia verificata il credito esiste e può farsi valere con tutti i mezzi che la legge accorda al creditore. Ciò che però deve notarsi si è che il credito non si considera come esistente da questo momento in cui la condizione si è verificata, ma si considera come se fosse sempre esistito fin dal momento della stipulazione del contratto; in altri termini il verificarsi della condizione sospensiva ha un effetto *retroattivo* all'epoca della conclusione del contratto; effetto questo che con tanta eleganza e semplicità fu accennato da Gaio colle seguenti parole: « *quum enim semel conditio extitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.* » (1).

Or si domanda: se la condizione sospensiva spiega, per il suo adempimento, un effetto retroattivo all'epoca della conclusione del contratto, di guisa che il credito, in origine condizionale, si considera come se fosse stato puro e semplice dopo l'adempimento della condizione, quale influenza esercita questo effetto riguardo alla compensazione?

Dovremo dire con Krug (2) che questo effetto retroattivo abbia efficacia anche rispetto alla compensazione di guisa che si possa ripetere mediante una *conditio sine causa* tutto ciò che fu pagato mentre era pendente la condizione; ovvero diremo con Dernburg (3) che il creditore non ha altro diritto all'infuori di quello di domandare l'adempimento dell'obbligazione divenuta pura e semplice pel verificarsi della condizione? Noi non esitiamo un istante ad accogliere l'opinione di questo secondo scrit-

(1) L. 11 § 1 D. *Qui potiores in pignore* ecc; L. 16 D. *De solutionibus;* Cod. civ. art. 1170.

(2) *Die Lehre von der Compensation* pag. 109 nota 221.

(3) *Compensation* § 56 pag. 480 e 481.

tore. Bene osserva egli in proposito per giustificare la sua decisione che: « sebbene gli effetti giuridici si retrotraggano, rimane sempre vero il fatto che il debitore fino all'adempimento della condizione non era obbligato al pagamento del controcredito; quindi da questo momento soltanto comincia il diritto della compensazione » (1). Decidere il contrario sarebbe lo stesso che ammettere la compensazione in un caso in cui non esistevano tutte le condizioni richieste dalla legge per l'ammissibilità della compensazione. Se in seguito queste condizioni si sono verificate, non è questa una ragione per dare un'efficacia retroattiva alla compensazione. Ora il credito della controparte non esiste più, perchè estinto per mezzo del pagamento; lo si dovrebbe dunque far rivivere violando il principio di diritto che: *factum infectum fieri nequit*. Il creditore quindi, anche dopo verificata la condizione sospensiva, non può opporre il credito in origine condizionale per compensare i debiti proprii già pagati, nè ha facoltà di intentare una *condictio sine causa* per ripetere ciò che fu pagato pendente la condizione; egli può soltanto domandare il pagamento del credito.

Ma qui debbo avvertire che tutto quello che noi siamo venuti dicendo fino ad ora non può avere che una importanza dottrinale. Se si considera infatti che il creditore o agisca colla *condictio sine causa* per ripetere il pagamento già fatto pendente la condizione, o agisca per domandare il pagamento del credito la cui condizione si è verificata, mira sempre ad ottenere la stessa cosa, si comprende facilmente che tutta la questione si risolve in una di quelle che i pratici chiamano *de apicibus juris*, e che altra importanza non ha all' infuori di quella di

(1) l. c. pag. 480 e 481.

meglio ribadire i principii. Io credo che nella pratica non vi sarà mai alcun uomo assennato, il quale seguendo l'opinione di Krug, s'incaponisca ad esercitare una *condictio*, quando ottiene l'effetto medesimo esercitando direttamente l'azione pel pagamento. Mi sembra quindi superfluo il discutere e l'arrabbattarsi per decidere se il pagamento possa domandarsi per via di azione diretta nascente dal credito o per via di ripetizione in quanto l'effetto retroattivo della condizione verificata si voglia estendere anche alla compensazione.

Se in generale la compensazione di un credito soggetto a condizione sospensiva è inammissibile, vi ha tuttavia un caso in cui la compensazione può ammettersi. È questo appunto il caso della condizione così detta *potestativa a parte creditoris*, il cui adempimento cioè dipende dalla volontà del creditore. Imperocchè in tale ipotesi il credito si considera come puro e semplice; dipendendo l' adempimento della condizione dalla volontà del creditore, niuno può impedirgli di opporre il credito in compensazione, perchè la condizione non ha un'efficacia veramente sospensiva.

69. Potrà un credito soggetto a condizione *risolutiva* opporsi in compensazione per estinguere i debiti scaduti del creditore condizionale? È noto che la condizione *risolutiva* non sospende l'esecuzione dell'obbligazione; (1) epperò l'obbligazione sotto condizione risolutiva acquista efficacia immediata dal momento della stipulazione e si considera come pura e perfetta fin dal suo principio; soltanto essa è soggetta a risolversi per mutuo dissenso derivante da un patto inserito nel contratto. Per questa ragione mi pare che giustamente sia stata di recente condannata siffatta nomenclatura e si sia bene osservato che

(1) Cod. civ. art. 1158, 1164.

molto più logica era quella adottata dai giureconsulti romani, i quali, invece di contratto soggetto a condizione *risolutiva*, dicevano contratto puro, ma risolubile sotto condizione (1).

Se la condizione risolutiva non sospende l'adempimento dell'obbligazione non può sorger dubbio che un credito soggetto a condizione risolutiva possa venire in compensazione; esso si considera come puro e semplice, se ne può domandare immediatamente il pagamento, può dunque allo stesso modo venire in compensazione. Se però la condizione risolutiva si verificasse, il contratto si estingue *ipso jure* e si considera come se non fosse mai esistito; in tal caso è fuori di dubbio che l'altra parte, a danno della quale avvenne la compensazione, avrà il diritto di ripetere il valore del credito compensato, come se la compensazione non avesse avuto luogo (2).

70. I medesimi principii, che valgono rispetto alla compensazione dei crediti soggetti a condizione *risolutiva* si applicano alla compensazione dei crediti soggetti ad *annullamento* o a *rescissione*.

Le obbligazioni soggette ad annullamento o rescissione sono compensabili. Potrebbe veramente dirsi in contrario, come nota il Larombiére, che quando la legge esige che i debiti siano egualmente esigibili, si riferisce al caso di obbligazioni delle quali può esser domandato il pagamento, senza che il debitore possa opporre alcuna eccezione che

(1) L. 3 D. *De contr. emt.*; l. 2 § 3; l. 5 D *Pro emtore;* l. 2 e 4 § 5 D. *De in diem addictione;* l. 1 pr. D. *De donat.* — Maynz, *Cours de droit romain* § 36 pag. 146.

(2) Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 416 pag. 430 — Toullier tom. VII n. 374 — Desjardins, *Compensation* pag. 403 — Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation* § 56 p. 481.

abbia per effetto di sottrarlo all'adempimento. (1) E di fatti gli annotatori di Zachariae, i Sigg. Aubry e Rau sostengono, insieme col primo, che siffatte obbligazioni non possono opporsi in compensazione per quelle ragioni appunto che abbiamo ora esposto. (2) Ma contro questa opinione saviamente fa osservare il Larombière che: « È anzitutto evidentissimo che, se l'azione di nullità o di rescissione è prescritta, in tal caso non vi ha ostacolo per la compensazione. È egualmente manifesto che neppure esiste ostacolo di sorta, dal momento che il vizio sia stato purgato mediante un atto di conferma o di ratifica. Ma nel caso in cui l'azione di nullità o di rescissione non è nè prescritta, nè coperta, noi diciamo ancora che la compensazione si opera di pien diritto, malgrado il vizio da cui è affetta l'obbligazione. Per vero, delle due cose l'una: o il debitore fa pronunziare la nullità o la rescissione della sua obbligazione, ed allora essa si considera come se non avesse mai esistito, il che rende ogni compensazione retroattivamente impossibile. È in questo senso che la legge romana (3) dice che ogni debito soggetto ad eccezione non è suscettibile di compensazione. Ovvero, per contrario, egli non domanda la nullità o la rescissione dell'obbligazione sua, ed in tal caso essa è riputata regolare e valida fin dal principio, come se non fosse stata affetta da alcun vizio. L'avvenimento giustifica allora il principio di diritto secondo il quale l'obbligazione soggetta ad un'azione di nullità o di rescissione, è riputata valida finchè l'annullamento

(1) *Théorie et pratique des Obligations* tom. II pag. 367 sull'art. 1291 n. 24.

(2) *Corso di diritto civile francese* tom. I. § 326 nota 12. — Vedi anche Merlin, *Rép.* v. *Compensation* § 3. n. 2. il quale segue la stessa opinione.

(3) L. 14 D. *De compensat.*

non sia stato pronunziato. Non è in un senso diverso che noi dichiariamo compensabili le obbligazioni di tal natura; e se degli autori pretendono che su di esse non si può fondare la compensazione, ciò non può essere che in questo senso che il creditore non ha il diritto di opporre al debitore la compensazione legale che egli pretende si sia operata, sia per vietargli di domandare l'annullamento della sua obbligazione, sia per sfuggire egli stesso alla prescrizione del suo proprio credito. Se il vizio da cui è affetta l'obbligazione fosse stato precedentemente invocato come fondamento di un'azione di nullità o di rescissione, vi sarebbe in tal caso ostacolo alla compensazione nel carattere litigioso del debito. Ma l'ostacolo non sorgerebbe che da questo » (1).

In tal modo l'annullamento e la rescissione possono considerarsi, piuttostochè come eccezioni perentorie, come condizioni risolutive di una natura speciale.

71. Come i crediti soggetti a condizione sospensiva, così quelli il cui pagamento è soggetto *a termine* non possono venire in compensazione, perchè il termine sospende l'adempimento dell'obbligazione. *Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dare oporteat* (2). Come dei crediti a termine non può esigersi il pagamento, così non può operarsi la compensazione, altrimenti si costringerebbe il debitore a pagare anticipatamente.

In generale il termine si presume sempre stipulato *in favore del debitore,* se non risulta dalla stipulazione o dalle circostanze che si è stipulato egualmente in favo-

(1) Op. cit. pag. 367 — Nello stesso senso DESJARDINS, *Compensation* pag. 403 e 404 — LAURENT, *Principes* tom. XVIII n. 417 pag. 430 e 431.

(2) L. 7, D. *De compensat.*

re del creditore (1). Per conseguenza non si può opporre la compensazione di un credito a termine a danno della parte a cui favore il termine è stipulato. Il debitore però a cui favore il termine fu stabilito può compensare il suo debito a termine col suo credito scaduto, perchè ciascuno può rinunziare ai proprii vantaggi. E lo potrebbe anche il creditore qualora il termine fosse apposto a suo esclusivo favore (2). Ma in questo caso ha luogo una compensazione *facoltativa* e non la legale. Quando poi il termine sia stabilito a beneficio di entrambe le parti, la compensazione non può aver luogo; questo caso si verifica specialmente nel mutuo in quanto il mutuante non può prima del termine convenuto domandare le cose prestate (3) ed il mutuatario è obbligato a restituire le cose ricevute a mutuo nel tempo convenuto (4).

A questo proposito vogliamo notare con Dernburg che il principio secondo il quale non si può compensare a danno della parte a favore della quale fu stabilito il termine, è così inconcusso, che l'altra parte non potrebbe esigere la compensazione con il suo credito anche con deduzione dello sconto. In base di questo principio Dernburg crede a ragione che se un corrispondente di un banchiere il quale stava con lui in rapporto di conto corrente ed abbia accreditato al medesimo una cambiale accettata dal banchiere, ma non peranco scaduta, non possa opporre ai crediti del banchiere la compensazione del valore rappresentato dalla cambiale ancorchè con deduzione dello sconto; perchè sebbene di regola i banchieri, nell'esercizio della loro professione, sian soliti a scontare gli effetti cambiarii

(1) Cod. civ. art. 1175.
(2) Dernburg, *Compensation* § 56 pag. 478.
(3) Cod. civ. art. 1825.
(4) Cod. civ. art. 1828.

che loro vengono spediti, tanto se accettati da altri, quanto se accettati da loro stessi, tuttavia nel caso in esame questo banchiere avrebbe avuto il diritto di respingere quel titolo cambiario e non scontarlo. Dovrebbe però questo banchiere sottostare alla compensazione, se egli non avesse immediatamente rimesso il titolo cambiario al suo corrispondente; dappoichè non avendolo respinto sorge la presunzione tacita che egli abbia voluto accettare la proposta del corrispondente, la quale mirava ad effettuare all'occorrenza la compensazione con deduzione dello sconto (1).

72. Per regola la compensazione di un credito soggetto a termine non è ammessibile fino a che non siasi verificata la scadenza del medesimo. Ora è noto che nei titoli cambiarii la scadenza può essere a tempo determinato o a tempo indeterminato. Le cambiali con scadenza *a tempo determinato* sono quelle in cui l'obbligazione è pagabile a giorno fisso o ad un certo tempo dalla data; quelle con scadenza *a tempo indeterminato* sono quelle in cui l'obbligazione è pagabile *a vista o a certo tempo vista.* Posto ciò, è chiaro che nessun dubbio può sorgere intorno al momento in cui l'obbligazione può opporsi in compensazione quando si tratti di cambiali la cui scadenza sia a tempo determinato. O la scadenza si è verificata e l'obbligazione potrà opporsi in compensazione; o la scadenza non si è peranco verificata e la compensazione del credito è inammissibile. Che se la scadenza della cambiale sia a tempo indeterminato, la esigibilità di essa dipende dal fatto del portatore, che voglia opporla in compensazione al trattario pei crediti che quest'ultimo professa verso di lui. Dappoichè la cambiale tratta a tempo indeterminato, a vista o a certo tempo vista è pagabile o al momento stesso

(1) *Compensation* § 56 pag. 477.

della sua presentazione al trattario o dopo un certo tempo da questa presentazione. La presentazione è quindi sempre necessaria. Non potrebbe pertanto il portatore, nell'ipotesi che la cambiale sia *pagabile a vista*, opporre al trattario la compensazione coi debiti proprii fino a che egli non abbia effettuato la presentazione del titolo cambiario, e nell'ipotesi che la cambiale sia pagabile a certo tempo vista, fino a che non sia scaduto questo termine; imperocchè le cambiali pagabili a certo tempo viste, quando sia constatata la loro presentazione al trattario, si trasformano in cambiali a scadenza certa e determinata ed è appunto per questa ragione che alcune legislazioni cambiarie stabiliscono le stesse norme per determinare la scadenza delle cambiali a certo tempo date e di quelle a certo tempo viste (1).

72bis. Sorge a questo proposito una grave questione: può il trattario alla cui accettazione venga presentata una cambiale non peranco scaduta, o che deve scadere a certo tempo vista, accettare la cambiale stessa *per pagare a sè stesso?* In altri termini il trattario che sia creditore verso il portatore di una cambiale di una somma liquida ed esigibile, eguale o superiore a quella portata dalla cambiale ha il diritto di riservarsi la compensazione alla scadenza col credito verso il portatore? In questo caso è chiaro che si tratta di una compensazione da farsi in futuro, che si domanda nel momento dell'accettazione, ma non dovrà effettuarsi che dopo la scadenza della cambiale. Ora questa compensazione è essa ammissibile?

Le opinioni degli scrittori su questo punto sono le più contradittorie. V'ha chi ammette che il trattario possa accettare per pagare a sè stesso, e riservarsi il diritto di

(1) *Allgemeine deutsche Wechselordnung* art. 32.

compensare alla scadenza, sebbene il portatore, che gli presenta la cambiale per l'accettazione, non sia suo debitore, purchè egli sia creditore del prenditore; e per conseguenza si nega al portatore il diritto di elevare il protesto per mancata accettazione (1). Altri riconoscono valida l'accettazione del trattario per pagare a sè stesso, purchè però l'accettante sia creditore del proprietario della cambiale (2). Vi ha invece chi considera la condizione di pagare a sè stesso, apposta nell'accettazione, come un'inutile riserva, come non scritta e tale per conseguenza che non può mai spiegare efficacia giuridica di sorta a danno del portatore e molto meno può servire di fondamento per un diritto di regresso contro il traente (3). Altri va ancora più innanzi e considera l'accettazione per pagare a sè stesso a dirittura come nulla tanto rispetto al portatore attuale, che presenta la cambiale per l'accettazione, quanto rispetto ai portatori successivi ed accorda loro il diritto di agire di regresso contro tutti indistintamente i coobbligati cambiarii (4).

In tanta disparità di opinioni che cosa dovrà decidersi? Parmi anzitutto necessario risalire ai principii dai quali è regolata questa materia. È forse per aver trascurato l'osservanza di quel volgare e notissimo adagio: *principiis obsta*, che sono sorti tanti dubbii e così gravi dissensioni fra gli scrittori.

Non ha luogo la compensazione se non tra due debiti esigibili, ed *esigibile* si dice il debito quando si ha azione per domandarne giudizialmente il pagamento. Inoltre

(1) In questo senso Dupuy de la Serra, *Des lettres de change* cap. VIII.

(2) Pothier, *Du contrat de change* n. 47 — Merlin, *Répert.* v. *Acceptation* n. 5. — Vidari, *Della lettera di cambio* n. 260.

(3) Pardessus, *Cours de droit commercial* n. 372.

(4) Vincens, *Legislation commerciale* tom. II pag. 264.

l'accettazione di una lettera di cambio non può essere *condizionale*; (1) nè sono ammesse contro il possessore di una lettera di cambio le eccezioni che riguardano la persona dei suo cedenti (2). Questi sono i principii dai quali dobbiamo prender le mosse per risolvere la questione proposta.

Quando il trattario alla cui accettazione è presentata una cambiale non peranco scaduta da un portatore del quale è creditore, accetta la cambiale colla clausola *per pagare a sè stesso*, non può dirsi che egli abbia intenzione di opporre al portatore *attualmente* la compensazione del suo credito col valore portato dalla cambiale, perchè non essendo ancora i due debiti in istato di esigibilità, non si può parlare di compensazione legale. Il trattario ha verso il portatore un credito esigibile, ma il portatore ha verso il trattario un credito a termine, non essendo peranco venuta l'epoca della scadenza. Si potrà tutt'al più parlare di una compensazione facoltativa, ma perchè questa abbia efficacia giuridica è necessario che il portatore vi acconsenta espressamente. Se questo consenso, che dà vita ad una nuova convenzione, non esiste e non è espresso per iscritto sul titolo, la riserva di compensare fatta dal trattario nell'atto dell'accettazione rimane priva di efficacia giuridica, non essendo altro che una proposta unilaterale dell'accettante.

Che se con quella clausola s'intenda dal trattario di riservare a sè una compensazione da effettuarsi all'epoca della scadenza contro qualsivoglia possessore della cambiale, questa riserva sarebbe assolutamente inefficace, come quella che starebbe in aperta contradizione colla regola

(1) Cod. di comm. art. 211.
(2) Cod. di commercio art. 234.

stabilita dall'art. 234 del codice di commercio, la quale non ammette contro il possessore di una cambiale le eccezioni riguardanti la persona dei suoi cedenti. È chiaro pertanto che l'accettazione per pagare a sè stesso non può avere alcuna efficacia giuridica rispetto al portatore della cambiale alla scadenza, il quale ne abbia acquistato la proprietà mediante girata o cessione posteriormente all'accettazione. Il solo caso in cui l'accettante potrà far valere la compensazione contro il portatore è quando esso sia creditore di questo. Ma ciò non accade in virtù della riserva apposta sul titolo cambiario, ma avviene in virtù delle norme ordinarie della compensazione Vi hanno due crediti egualmente esigibili che si estinguono *ipso jure* pel solo fatto della loro contemporanea esistenza, e quindi si fa luogo alla compensazione (1).

73. Ma per ritornare al punto donde avevamo preso le mosse, se per regola non si può opporre la compensazione a danno della parte a cui favore il termine è stabilito, vi hanno però dei casi in cui, malgrado che il termine sia stato stipulato a favore del debitore, la compensazione è tuttavia ammissibile. Per vero l'art. 1176 del codice civile nostro dichiara che il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, se è divenuto *non solvente*, o se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore, ovvero non gli ha dato le cautele promesse. Lo stesso accade nell'ipotesi che il debitore sia caduto in fallimento. L'art. 533 del codice di commercio dispone che: la sentenza che dichiara il fallimento, rende *esigibili* verso il fallito i crediti non iscaduti. Or si domanda i crediti a termine che divengono in tal modo *esi-*

(1) MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports* t. IV n. 2262 pag. 162 e segg.

gibili possono opporsi in compensazione? A questo proposito è necessario fare una distinzione.

Quando il debitore cade in istato d'insolvibilità non vi ha alcun dubbio che il creditore possa opporre in compensazione il credito che ha verso di lui, sebbene in origine fosse soggetto a termine, perchè lo stato d'insolvibilità in cui è caduto il debitore ha reso quel credito puro e semplice, in somma lo ha reso *esigibile*. Però si deve notare che, affinchè questo credito divenga compensabile, non basta che il debitore abbia cessato di effettuare i suoi pagamenti, ma è necessario che il creditore ottenga contro di lui una sentenza che pronunzi la decadenza dal beneficio del termine; in altri termini occorre che lo stato d'insolvenza sia dichiarato giudizialmente mediante sentenza, perché i debiti a termine divengano esigibili. E gioverà osservare che giusta le norme che regolano l'autorità della cosa giudicata una tale sentenza non può avere effetto che a vantaggio del creditore, il quale l'ha ottenuta e non a vantaggio dei creditori i quali non abbiano preso parte nel giudizio (1). La compensazione di questo credito potrà quindi invocarsi soltanto dal momento della pubblicazione della sentenza e non da quello della domanda, perchè è la sentenza quella, che dichiarando l'insolvibilità del debitore, lo priva del beneficio del termine (2).

Ciò che si è detto rispetto alla insolvenza deve ripetersi nel caso che il debitore abbia per fatto proprio diminuito le cautele date al creditore, o non gli abbia dato le cautele promesse. Anche in questo caso il debi-

(1) LAURENT *Principes* tom. XVIII n. 414 p. 429 e 430.

(2) DURANTON, tom. XII n. 41. — DESJARDINS, *Compensation* pag. 405. — MARCADÈ, *Explication* sull'art. 1188 n. 827.

tore perde il beneficio del termine, ma la decadenza non si verifica *ipso jure*, è necessaria sempre una sentenza che dichiari questa decadenza; epperciò il credito non potrà opporsi in compensazione che in virtù di questa sentenza, la quale sola rende il credito esigibile.

73. *bis*. Potrà però dirsi lo stesso nel caso di *fallimento?* La sentenza dichiarativa di fallimento rende *esigibili* verso il fallito i crediti non iscaduti. Dunque parrebbe doversi concludere che la compensazione di questi crediti sia ammissibile (1). Eppure chi decidesse la questione in questo senso cadrebbe senza dubbio in errore gravissimo. Malgrado l'esigibilità dei debiti a termine prodotta dalla sentenza dichiarativa di fallimento, la compensazione di tali crediti non è ammissibile. Ciò si comprende a colpo d'occhio appena si rifletta agli effetti giuridici, che derivano dallo stato di fallimento. A mantenere una perfetta eguaglianza fra le ragioni di tutti i creditori del fallito, l'art. 551 del codice di commercio dispone che la sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data e di diritto il fallito dell'amministrazione dei suoi beni, i quali divengono proprietà della massa dei creditori. Il fallito quindi non può effettuare pagamento di sorta, sia perchè egli non può disporre del suo attivo, sia perchè il fallimento pone tutti i creditori allo stesso livello. Se quindi si ammettesse la compensazione in questo caso, si ammetterebbe indirettamente che il fallito eseguisse dei pagamenti e si violerebbe in tal modo quella legge di eguaglianza che il codice ha stabilito fra le ra-

(1) È singolare che il Casaregis il quale nega al fallito il diritto di compensare ritenesse che: « *Compensatio fieri potest de credito in diem cum credito puro, quando unus ex mercatoribus decoquit, quia tunc propter decoctionem creditum in diem fit purum.* » (*De commercio*. Disc. 135 n. 12 e segg.).

gioni di tutti i creditori. Ond'è che l'esigibilità dei debiti non iscaduti prodotta dal fallimento è tutta *sui generis*, in quanto essa non conferisce al creditore il diritto di agire contro il debitore per ottenere il pagamento del credito. L'effetto che deriva da questa esigibilità si riduce ad assimilare il debito non iscaduto a quelli già scaduti che compongono la massa del fallimento, facendoli concorrere tutti insieme per ottenere un pagamento proporzionale (1).

Non tutti gli scrittori però sono concordi nel riconoscere la estensione del principio che i crediti esigibili verso il fallito non siano compensabili. V'ha infatti chi crede che la compensazione sia inammissibile rispetto ai debiti commerciali, ma sia invece da ammettersi rispetto ai debiti civili, perchè il fallito, secondo i fautori di questa opinione, può pagare i debiti civili (2). Questa distinzione peraltro si fonda sopra un falso supposto e dimentica che il fallimento è uno stato *indivisibile*, che abbraccia tutti i debiti del fallito senza distinzione di sorta. L'art. 551 del codice di commercio dispone che la sentenza dichiarativa di fallimento priva dalla sua data e di diritto il fallito dell'amministrazione *dei suoi beni*; esso non distingue fra i debiti civili ed i debiti commerciali; non può quindi ammettersi la compensazione dei debiti non iscaduti che il fallimento ha reso esigibili, siano essi commerciali, siano civili (3).

74. Un'altra eccezione alla condizione della esigibilità

(1) Massè, *Le droit commercial dans ses rapports* ecc. tom. IV n. 2265 p. 166. — Larombière *Obligations* tom. II p. 368 sull'articolo 1291 n. 27. — Laurent. *Principes* tom. XVIII n. 413 p. 427. — Bravard, *Traité de droit commercial* tom. V. p. 161.

(2) In questo senso Duranton, tom. XII n. 412.

(3) Massè, *Le droit commercial* tom. IV p. 168 n. 2266.

è contemplata dall'articolo 1288 del codice civile. Esso riguarda il caso che il creditore abbia accordato al debitore una proroga del termine al quale fu in origine assoggettata l'obbligazione. Quando il creditore abbia accordato siffatta proroga parrebbe che esso non potesse opporre al suo debitore la compensazione del credito proprio perchè non ancora esigibile atteso il prolungamento del termine: eppure l'art. 1288 del codice civile dispone in contrario che: « le dilazioni, che si fossero concesse gratuitamente dal creditore, non sono di ostacolo alla compensazione. » Qual'è la ragione che ha inspirato questa disposizione? Già Papiniano osservava: *Aliud est diem obligationis non venisse, aliud* humanitatis *gratia tempus indulgeri solutionis* (1). Lo scopo per cui dal creditore fu al debitore accordata la dilazione è quello di porre quest'ultimo in grado di procacciarsi i mezzi per soddisfare all'obbligazione; ora questo motivo cessa quando il debitore è nello stesso tempo creditore e può liberarsi col mezzo facilissimo della compensazione. Negare in questo caso al creditore il diritto di far valere la compensazione, sol perchè con soverchia indulgenza ha accordato delle dilazioni, sarebbe un creare a vantaggio del debitore una posizione privilegiata che sta in aperta contradizione coll'intenzione per la quale il creditore ha concesso la proroga del termine. Che anzi, ove la legge avesse negato al creditore il diritto di compensare, colla sua indulgenza il creditore avrebbe potuto compromettere seriamente i proprii diritti. Egli infatti sarebbe costretto a pagare subito al debitore, e forse quando si sarebbe presentato a sua volta a domandare il pagamento del credito pel quale aveva accordato dilazione, potrebbe correre il rischio di

(1) L. 16 § 1. D *De compensationibus.*

non essere pagato. Ciò sarebbe stato contrario a quella *aequitas, quae jus compensationis introduxit* e la legge non avrebbe potuto ammetterlo (1).

La compensazione però è ammissibile soltanto nel caso che la dilazione accordata dal creditore sia *gratuita* come espressamente dispone l'art. 1288 del codice civile. Se invece la dilazione fosse stata accordata mediante compenso pecuniario o col patto di qualsivoglia vantaggio patrimoniale a favore del creditore, la dilazione dovrebbe considerarsi come un nuovo termine, il quale, risultando da una nuova convenzione, dovrebbe produrre tutti gli effetti giuridici che derivano dalle obbligazioni a termine; vale a dire, come esso sospende il pagamento, così renderebbe inammissibile la compensazione.

Alle dilazioni gratuite Dernburg crede, e con ragione, che si debbano equiparare i *moratorii generali* concessi in occasione di straordinarie sventure, come nei casi di guerra, di epidemia, d'incendio e simili. Il *moratorio* sospende l'azione diretta a conseguire il pagamento, ma lascia inalterato il diritto di compensazione (2). Valgono in questo caso le stesse ragioni, che persuasero il legislatore a dettare la disposizione dell'art. 1288 del codice civile. Il medesimo deve ripetersi delle dilazioni che il magistrato abbia accordato al convenuto nel caso in cui egli si sia reso inadempiente agli obblighi risultanti da un contratto bilaterale (3), ovvero al mutuatario quando non sia stato nel contratto fissato il termine per la restituzione delle cose prestate (4).

(1) LAURENT, *Principes* tom. XVIII n. 412 p. 427. — DESJARDINS, *Compensation* p. 406. — MASSÈ, *Le droit commercial* ecc. tom. IV, n. 2267 p. 168.

(2) *Compensation* § 56 pag. 479.

(3) Cod. civ. art. 1165.

(4) Cod. civ. art. 1826.

75. Non si potrebbe dire la stessa cosa delle proroghe accordate al fallito dai creditori in seguito di un concordato per porlo in grado di effettuare i pagamenti proporzionali da lui promessi. In questo caso non può applicarsi l'art. 1288 del codice civile. Imperocchè siffatte proroghe non possono considerarsi come dilazioni gratuite, essendo esse invece termini veri e proprii stabiliti per convenzione. Laonde se si ammettesse la compensazione dei crediti attuali del fallito concordatario verso uno dei suoi creditori, coi crediti che quest'ultimo ha verso il primo e dei quali fu per concordato prorogata la scadenza, si toglierebbero al fallito i mezzi per far fronte agli impegni assunti verso i suoi creditori. « Anche quando il debitore incapace di pagare, scrive Dernburg, ottiene dal suo creditore un termine mediante concordato omologato giudizialmente, è esclusa la compensazione. Lo scopo di un tal concordato si è di lasciare al debitore la libera disposizione del suo attivo, per dargli la possibilità di soddisfare interamente i suoi creditori nell'avvenire. Ma questo scopo sarebbe frustrato, qualora i singoli creditori potessero, mediante compensazione, sottrarre al debitore i mezzi lasciatigli per la gestione dei suoi affari. Ciò vale specialmente rispetto a quei crediti del debitore, che il medesimo acquistò dopo la stipulazione del termine convenzionale; ond'è che nella stipulazione del concordato deve supporsi come intenzione del creditore di escludere anche la compensazione dei crediti a termine » (1).

Ma non basta; vi ha anche un'altra ragione per cui in questo caso la compensazione è inammissibile. Il concordato è un mezzo per facilitare al debitore la propria

(1) Op. cit. § 56 pag. 479 e 480. Consulta anche MASSÈ, *Le droit commercial* tom. IV, n. 2268 pag. 168 e 169.

liberazione senza violare quella eguaglianza che la legge vuole sia rispettata fra le ragioni di tutti i creditori. Or chi non vede come questa eguaglianza sarebbe appunto violata se ciascuno dei creditori del fallito concordatario potesse valersi della compensazione? Chi non vede che il creditore, evitando colla compensazione il pagamento, verrebbe a diminuire l'attivo del fallimento e si rimborserebbe interamente del suo credito in pregiudizio della massa dei creditori? (1)

E si noti che la compensazione dei crediti del fallito che ha ottenuto un concordato è inammissibile tanto se si tratti di quelli, che divennero compensabili dopo la dichiarazione di fallimento, ma prima della omologazione del concordato, tanto di quelli che lo divennero dopo la omologazione di esso. Non può verificarsi rispetto ai crediti divenuti compensabili prima del concordato, perchè la sentenza dichiarativa di fallimento priva il fallito della disponibilità dei suoi beni; non rispetto a quelli che lo divennero posteriormente, perchè si verificherebbe in pregiudizio degli altri creditori.

La compensazione sarebbe ammissibile soltanto rispetto ai crediti divenuti compensabili prima della dichiarazione di fallimento, a vantaggio però dei soli creditori che non abbiano acconsentito al concordato o che si fossero riservati nel concordato stesso il diritto alla compensazione di quei crediti. Scrive a questo proposito il più volte da me citato Dernburg: « L'abbandono di una parte dei debiti del fallito per concordato non può in alcun modo intaccare i diritti di compensazione già nati a favore dei creditori dissenzienti. Poichè la coazione esercitata dalle

(1) Massè, op. cit. tom. IV, n. 2268 pag. 169 — Duranton, tom. XII, n. 402.

deliberazioni della maggioranza opera soltanto in quanto la posizione dei creditori, che si trovano in minoranza, è uguale come lo è quella della maggioranza; la maggioranza non può procurarsi dei vantaggi a spese della minoranza, il che accadrebbe se quella potesse privar questa del diritto di compensazione. Quegli però che aderì al concordato, non può portare in compensazione il credito diminuito per fatto proprio, ma egli dovrebbe essersi riservato in modo speciale questa facoltà » (1).

76. Fra le eccezioni dilatorie che vietano la compensazione deve annoverarsi, come si disse, anche quella, che prende il nome di *exceptio non adimpleti contractus*. Questa eccezione impedisce che la compensazione si verifichi, perchè dà all'interessato il diritto di ritenere il valore del credito che fu opposto in compensazione. Un'applicazione di questa regola si riscontra nel caso contemplato dall'articolo 1510 del codice civile, secondo il quale: « il compratore se è o ha ragione di temere di essere molestato con un'azione ipotecaria o rivendicatoria, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie, semprechè questi non prescelga di dar cauzione, o non siasi convenuto che il compratore pagherà non ostante qualunque molestia ». Ciò importa, che come per il fatto di tali molestie rimane sospeso il pagamento del prezzo, così rimane nello stesso modo sospesa la compensazione fra i debiti proprii del venditore ed il credito che esso ha verso il compratore per il pagamento del prezzo.

(1) Op. cit. § 51 pag. 434.

§ III.

OMOGENEITÀ DELLE PRESTAZIONI CHE SONO OGGETTO DEI CREDITI.

SOMMARIO.

77. In che cosa consiste la *omogeneità* dei crediti — Scopo per cui è richiesta.

78. Se questa condizione sia stata espressamente richiesta dalle leggi romane — Si confuta l'opinione di Dernburg.

79. Quali si dicano crediti *omogenei* — Duplice condizione — Si esamina la prima di queste condizioni — Eccezione contemplata dall'art. 1287 del codice civile. — Critiche fatte a questa eccezione — Si dimostra la loro ragionevolezza.

80. Condizioni necessarie per l'applicazione dell'eccezione contemplata nell'art. 1287. — Quando si verifichino tutte queste condizioni si opera la compensazione *ipso jure*.

81. Caso in cui questa eccezione non può verificarsi — Essa non ha luogo rispetto ai crediti derivanti da uno stesso contratto bilaterale.

82. Si esamina la seconda delle condizioni necessarie perchè un credito si dica omogeneo con un altro — Si considerano i diversi casi in cui si verifica. —

83. Se per la omogeneità sia necessario che le cose da prestarsi, oltre che della stessa specie, debbano essere della stessa *qualità*. — Si confuta un'opinione di Dernburg.

84. Se possano compensarsi crediti che hanno per oggetto un *facere* — Se possa compensarsi un credito di denaro con un diritto ad un *fatto* che abbia un rapporto astratto col patrimonio del creditore.

85. Nei crediti pecuniari è necessario che la moneta di ambedue i crediti sia della stessa specie, perchè la compensazione si operi? — Si fa una distinzione.

86. Se sia necessario che i crediti derivino dalla stessa causa — Si esamina un caso speciale di giurisprudenza riferito da Laurent. — È indifferente la natura dei titoli che servono a constatare i due crediti.

87. Della compensazione dei crediti pagabili in luoghi diversi — Casi in cui si applica l'art. 1292 del codice civile.

88. La compensazione fra due debiti pagabili in luoghi diversi è legale o facoltativa? — Si confuta l'opinione di Marcadé.

89. Che cosa si debba intendere per *spese di trasporto*. — Esse debbono computarsi tanto nella compensazione di crediti pecuniarii, quanto di altre cose fungibili della stessa specie.

77. Un'altra delle condizioni che la legge richiede perchè si operi la compensazione legale è la *omogeneità* delle prestazioni che formano obbietto di ciascun credito. L'art. 1287 del codice civile dichiara che: « non ha luogo la compensazione, se non tra due debiti che hanno egualmente per oggetto una somma di danaro o una determinata quantità di cose della stessa specie, le quali possono nei pagamenti tener luogo le une delle altre. » Questa condizione è resa necessaria dallo scopo stesso a cui mira la compensazione; questa tende allo stesso fine a cui mira il pagamento. Or bene, poichè il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore, (1) si comprende che anche nella compensazione è necessario che i due debiti abbiano un oggetto della stessa specie. È in questo modo soltanto che si verifica quella *aequitas* per cui fu introdotta la compensazione; ciascun creditore rimane soddisfatto soltanto col ritenere l'oggetto che doveva consegnare, perchè sarebbe inutile che egli consegnasse un oggetto per riceverne un altro della stessa specie; potrebbe invece essere in certi casi assai dannoso che il creditore fosse costretto a ritenere un oggetto diverso da quello che egli deve ricevere (2).

78. La condizione della omogeneità delle prestazioni

(1) Cod. civ. art. 1245. — *Aliud pro alio, invito creditori, solvi non potest.* L. 2 § 1. D. *De reb. cred.*

(2) Marcadè, *Explication du code Napoleon* sull'art. 1292 n. 817. — Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 389 pag. 411. — Toullier, tom. VII n. 363.

che formano obbietto dei crediti fu dalle leggi romane riconosciuta in modo così esplicito e così preciso, come lo è dalle moderne legislazioni? Non può dirsi che questo requisito venne riconosciuto dalla l. 26 § 4. D. *De condictione indebiti*, come taluno ha preteso (2). Ulpiano infatti in quel frammento si esprime nel modo seguente: « *Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus libro XX Digestorum scribit, et centum manere stipulationem. Licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate majoris pretii res soluta est,* non fit confusio partis rei cum pecunia, *nemo enim invitus cogitur ad communionem. Sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupt*[a], *ager autem retinebitur donec debita pecunia solvatur.* » Si son volute riferire quelle parole: « *non fit confusio partis rei cum pecunia* » alla compensazione e dedurne che i giureconsulti romani riconobbero in quel frammento espressamente il requisito della omogeneità delle prestazioni. Ma, come Dernburg bene rileva, quelle parole non possono avere alcuna relazione colla compensazione (1). La specie che contempla Ulpiano si riferisce ad una *datio in solutum* in cui il debitore, credendo per errore che il suo debito fosse di 200, mentre in realtà era di 100, dava *in solutum* un fondo del valore di 200. In seguito accortosi dell'errore, domanda colla *condictio indebiti* il fondo per intero; il creditore pretendeva che la metà ideale del fondo venisse data in luogo di pagamento per i 100 di cui l'altro era realmente debitore; il giureconsulto nega al creditore tale diritto, perchè non esiste la condizione

(1) Azo, *Summa ad Codicem* h. t.
(2) Op. cit. § 57 pag. 484.

della dazione, cioè il debito di 200, e non fu intenzione dei contraenti di dare e di ricevere pel debito di 100 in luogo del pagamento una parte ideale del fondo.

Però mal si apporrebbe chi credesse che i giureconsulti romani non abbiano riconosciuto come condizione della compensazione l'omogeneità delle prestazioni che formano obbietto dei crediti. Vi sono dei passi nei quali si legge apertamente enunciato questo requisito come indispensabile alla compensazione. Gaio nei suoi *Commentarii* (1) scriveva: « *Inter compensationem autem, quae argentario opponitur et deductionem, quae obiicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur* quod eiusdem generis et naturae est; *veluti*, pecunia cum pecunia *compensatur*, triticum cum tritico, vinum cum vino, *adeo ut quibusdam placeat, non omnimodo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita* si ejusdem naturae qualitatisque sit; *in deductionem autem vocatur et quod non est ejusdem generis* ».

Parimente si riscontra un passo in cui è detto: « *Compensatio debiti* paris speciei *et ex causa dispari admittitur: velut si* pecuniam *titi debeam et tu mihi* pecuniam *debeas aut* frumentum *aut caetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes* » (2).

Nè si dica, come Dernburg ritiene, che questi passi non si possono citare a favore di questa nostra tesi, perchè essi si riferiscono soltanto a modi speciali di compensazione (3). Imperocchè per ciò che riguarda il passo di Paolo, esso è così generale, che non comprendo come il giureconsulto alemanno abbia potuto asserire che esso si

(1) Lib. IV § 66.
(2) Paolo, *Sententiarum* Lib. II tit. 5 § 3.
(3) Op. cit. § 32 pag 235 e § 57 pag. 484.

riferisce ad un modo speciale di compensazione. È un erroneo sistema quello di introdurre nei frammenti del *corpus juris* o di altri scritti giuridici, che si salvarono dalla distruzione, circostanze che non vi sono enunciate. Sarebbe questo un mezzo molto comodo per far dire ai giureconsulti romani quello che essi non hanno neppur pensato. Eppure vi ha in Germania una scuola che ha per abitudine di spiegare le leggi romane ed interpretarle con questo sistema. Così noi vediamo giuristi alemanni, appartenenti a scuole filosofiche diverse, contorcere il significato dei testi delle leggi romane per applicarli ai loro sistemi e dimostrare che i giureconsulti romani non avevano pensato in modo diverso dal loro su di una determinata questione. Fenomeno questo che è abbastanza curioso nella letteratura giuridica di una nazione, la quale ha pure così grandi meriti da vantare specialmente nello studio delle leggi romane.

Ma tralasciando questa digressione, che fors· potrebbe essere fuor di luogo, neppure il passo di Gaio citato di sopra può dirsi, come Dernburg pretende, che si riferisca ad un caso speciale di compensazione. Quantunque Gaio parli di una compensazione opposta ad un *argentario*, pure da tutto il contesto del passo riferito e dalla lettura dei paragrafi si antecedenti che seguenti, risulta in modo abbastanza chiaro, mi sembra, che Gaio parli delle condizioni della compensazione in generale. Gaio ragiona dell'*argentarius*, perchè rispetto a queste persone la compensazione si verificava più frequentemente, ma non perchè si trattasse di una regola speciale applicabile al solo caso di compensazione fra gli *argentarii*. E di questo dobbiamo tanto più persuaderci se riflettiamo che il giureconsulto in quel paragrafo determina la differenza che intercede fra la *compensatio* e la *deductio* e nel far ciò adopera espressioni

così generali che evidentemente si riferiscono all'intera dottrina della compensazione. Così dice: « *in compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturae est* ». Nel seguente paragrafo, continuando la rassegna delle differenze fra questi due instituti, soggiunge: « *Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur; compensatur autem hoc solum, quod praesenti die debetur* ». Ora siccome la esigibilità dei crediti era un requisito della compensazione in generale e non di quella speciale dell'*argentarius*, si vede chiaramente che il giureconsulto anche nel passo antecedente aveva in animo di esporre la teoria generale della compensazione e non un requisito applicabile esclusivamente ad un caso speciale.

D'altra parte Dernburg stesso riconosce che la condizione della omogeneità doveva necessariamente derivare, sebbene in modo implicito, dalle massime: *Dolo facit, qui petit quod redditurus est;* e dall'altra: *Ideo compensatio necessaria est quia magis interest non solvere, quam solutum repetere*. Ora se tale condizione era una conseguenza logica dello scopo della compensazione, perchè mai i giureconsulti romani avrebbero dovuto riconoscerla in modo espresso nel solo caso speciale dell'*argentarius* e non come una regola generale? Da tutto questo mi sembra potersi concludere che i giureconsulti romani riconobbero *espressamente* la omogeneità delle prestazioni che formano oggetto dei crediti, come una condizione essenziale della compensazione. Solo mi par giusto ciò che Dernburg afferma, che cioè i giureconsulti romani non abbiano dichiarato in modo espresso in quali casi i crediti debbano considerarsi della stessa specie; donde quelle interminabili controversie che dall'epoca dei Glossatori son

giunte fino all'epoca nostra fino a che le moderne legislazioni non le hanno definitivamente troncate (1).

79. Ma quand'è che due crediti si possono dire *omogenei*, sicchè possano entrare in compensazione? Il codice italiano nel citato art. 1287 lo dichiara, come si è veduto, in modo espresso: « sono quelli che hanno egualmente per oggetto una somma di danaro o una determinata quantità di cose della stessa specie, le quali possono nei pagamenti tener luogo le une delle altre ». Due quindi sono le condizioni perchè i crediti si dicano *omogenei*: 1. che le prestazioni abbiano per obbietto cose della stessa specie; 2. che queste cose siano di tale natura da potersi surrogare reciprocamente nei pagamenti.

Però lo stesso art. 1287 capoverso contiene una eccezione alla prima di queste due condizioni. Sebbene per regola generale le prestazioni debbono avere per oggetto cose della stessa specie, perchè il requisito della omogeneità dei crediti esista, tuttavia « le prestazioni non controverse di grani o di derrate il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati, possono compensarsi con somme liquide ed esigibili ».

Questa eccezione in virtù della quale possono venire in compensazione anche prestazioni di cose di specie diversa è stata in Francia oggetto di censure ed è sembrata un'innovazione *poco felice*: « Vanamente si direbbe, scrive Larombière, che i grani e le derrate equivalgono ad una somma di denaro pel corso delle mercuriali; che questa valutazione generale tien luogo di una liquidazione. Non è men vero che, creditore di una somma di denaro, io non posso esser forzato a ricevere del grano, nè esigere che

(1) V. Azo, *Summa ad Codicem* h. t. — Accursio, *Glossa* ad l. ult. Cod. *De compensationibus* e sul § 30 Inst. *De actionibus*.

mi si paghi in grano. Vi ha dunque qui, in favore della compensazione, un'eccezione alle regole generali del pagamento » (1) A queste obbiezioni si è risposto non potersi negare che il principio sancito nell'art. 1291 del codice civile pel quale il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, soffra per questa eccezione una deroga; che però vi sono ragioni gravissime le quali giustificano questa eccezione. La compensazione, si è detto, non è un pagamento, e neppure può considerarsi come un pagamento fittizio, ad essa si applicano molte norme che valgono per il pagamento attesa la comunanza dello scopo a cui tendono ambedue. Fu per equità che la compensazione venne introdotta, *aequitas merum jus compensationis introduxit;* ora se una delle parti ha in mano una cosa che può facilmente convertire in denaro, sarebbe cosa poco equa costringere l'altra parte a liberarsi mediante denaro per ricevere il suo credito in derrate. Coll'ammettere in questo caso la compensazione non solo si evitano lungherie e lentezze, ma all'occorrenza si procura un grande vantaggio all'una delle parti assicurandola dal pericolo di avere un debitore insolvibile (2).

Queste ragioni hanno senza dubbio una certa importanza, non di meno non mi sembrano tali da giustificare in modo assoluto l'eccezione contenuta nel capoverso dell'art 1237. Non è esatto che per le parti deve essere cosa indifferente ricevere proprio la cosa, che hanno contrattato, perchè possono sempre convertire in denaro le derrate che hanno in mano, e acquistare col denaro le derrate. Può infatti accadere che la parte la quale ha sti-

(1) *Theorie des obligations* vol. II. pag. 365 sull'art. 1291 n. 11. Nello stesso senso v. anche DURANTON, tom. XII. n. 390.

(2) DESJARDINS, *De la compensation* pag. 384.

pulato che in corrispettivo le venisse pagata una somma di denaro, abbia bisogno di quella somma proprio nel giorno in cui scade l'obbligazione dell'altra parte, che essa vi abbia contato e che abbia contratto con altri un'altra obbligazione colla certezza di poter soddisfare a quest'ultima col denaro pattuito nella prima. I danni che ne derivano in questo caso all'una delle parti possono essere gravissimi (1).

80. Affinchè si faccia luogo all'applicazione di questa eccezione sono necessarie alcune condizioni, il concorso delle quali soltanto rende possibile l'esercizio della compensazione legale.

Anzitutto è necessario che si tratti di *prestazioni* di *grani* o di *derrate*; quindi l'eccezione non può applicarsi che a ciò che veramente costituisce una prestazione di grani o di derrate, come sarebbero quelle dovute per pagamento di canoni o di fitti, cioè le prestazioni periodiche che un colono è tenuto a dare in natura come fitto; non potrebbe invece applicarsi quell'eccezione ad obbligazioni aventi per oggetto una certa quantità di grano o di derrate e tendenti a realizzare una speculazione commerciale. In questo caso dovrebbero applicarsi i principii generali riguardanti il pagamento, vale a dire sarebbe esclusa la compensazione. Trattasi infatti di un'eccezione, la quale, essendo di stretto diritto, deve interpretarsi restrittivamente, nè può estendersi per analogia oltre i casi nella legge espressi (2).

In secondo luogo è necessario che si tratti di pre-

(1) In questo senso LAURENT, *Principes* tom. XVIII. n. 392 pag, 413 e 414.

(2) LAURENT op. cit. pag. 415. — LAROMBIÈRE op. cit. pag. 462 e 363. — In senso contrario MARCADÈ, *Explication du Code Napoleon* sull'art. 1292 n. 822.

stazioni *non controverse*; e ciò per non derogare all'altra delle condizioni generali della compensazione legale, cioè la *liquidità*, di cui parleremo in seguito; essendochè i debiti controversi non sono liquidi e non possono quindi entrare in compensazione.

Occorre inoltre che il *valore* dei grani e delle derrate sia *regolato dal prezzo dei pubblici mercati;* il che vuol dire che debbono essere derrate che si vendono sul mercato pubblico. Però non è necessario che questo valore sia constatato ufficialmente, basta che esso sia determinato secondo la legge dei prezzi cioè dell'offerta e della domanda (1).

Finalmente è necessario che esse si compensino *con somme di denaro liquide ed esigibili.* Quindi ancorchè si trattasse di due crediti di derrate il cui valore è regolato dal prezzo di pubblici mercati, non potrebbe aver luogo la compensazione. Nè si dica che in questo caso vi ha la stessa ragione di decidere che nel caso espressamente contemplato dalla legge, perchè si tratta di una eccezione, la quale non può essere estesa per analogia a casi non espressi dalla legge (2).

Quando tutte concorrano queste condizioni, la compensazione si opera *ipso jure*, anche contro volontà delle parti. Nè potrebbe obbiettarsi in contrario che la legge adopera la parola *possono*, trattarsi quindi di una compensazione puramente *facoltativa*, nel senso cioè che essa non ha luogo se non per domanda delle parti. Imperocchè la voce *possono*, adoperata dalla legge, non si può riferire a questa o quella specie di compensazione; quando la legge stabilisce nel primo alinea dell'art. 1287 la regola che i

(1) Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 392 pag. 413.
(2) Laurent, op. cit. n. 393.

crediti debbono avere per oggetto una determinata quantità di cose *della stessa specie le quali possono nei pagamenti tener luogo le une delle altre,* intende di parlare della sola compensazione *legale;* nel secondo alinea, in cui stabilisce l'eccezione a quella regola non può riferirsi ad una specie di compensazione diversa da quella contemplata nella regola generale. Secondo la regola, i crediti di derrate non si potrebbero compensare con crediti aventi per oggetto somme di denaro, ma per eccezione ciò *può* farsi. Ecco il vero significato che si deve attribuire a quella voce *possono* che la legge adopera (1).

81. Un'ultima avvertenza ancora deve farsi intorno all'applicazione di questa eccezione. Essa cioè può applicarsi soltanto nel caso che i due debiti compensabili di specie diversa derivino da contratti diversi e non ai debiti che hanno per causa uno stesso contratto bilaterale. « La nostra regola, scrive Marcadè, si applica a tutti i debiti di derrate, salvo una eccezione che esce dall'indole stessa della cosa, e che per la sua evidenza è stata tralasciata dal legislatore. Parliamo del caso in cui il debito di derrate avrebbe *per causa* precisamente la obbligazione con cui si vorrebbe compensarlo. Quando io compro da voi 50 ettolitri di grano, che voi mi dovrete consegnare entro pochi giorni e che io dovrò pagarvi nello stesso momento, è chiaro che nessuno di noi potrebbe dire nel momento stabilito per l'adempimento, che non siamo debitori l'uno dell'altro, e che i nostri due debiti sono estinti reciprocamente per compensazione, avvegnachè uno ha per oggetto una somma di denaro, e l'altro delle derrate il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati. Ciò sarebbe

(1) Laurent, op cit. tom. XVIII n. 395. — Larombière, op. cit. n. 11. pag. 362. — Duranton, tom. XII n. 390. — Zachariae, tom. II § 326 nota 5.

altrettanto assurdo, quanto ingiusto. Se la compensazione si compie all'insaputa dei due debitori e per effetto della volontà presunta dalla legge, bisogna almeno che la volontà non sia ragionevolmente impossibile e che la compensazione non annulli il contratto stabilito dalle parti. Or non può per me essere indifferente che io abbia denaro o grano, poichè ho contrattato con voi soltanto per aver quello e non questo come voi avete contrattato per aver denaro e non grano » (1).

82. Veniamo ora alla seconda condizione speciale al requisito della omogeneità dei crediti, che cioè le cose della stessa specie da prestarsi possano reciprocamente surrogarsi nei pagamenti. Questa condizione, come bene osserva Marcadè, si verifica per ambedue le parti, quando ciascuno dei due debiti ha per oggetto cose da prestarsi *in genere*, per es. un cavallo, cento montoni, venti botti d'olio. Si verifica invece per una sola delle parti, quando il debitore di una cosa in genere è creditore di una cosa determinata della stessa specie. Questo si verificherebbe nell'ipotesi che una delle parti sia debitrice di un cavallo qualunque, e l'altra di uno dei suoi cavalli individualmente determinato. In questo caso la compensazione può invocarsi da una sola delle parti, cioè da quella che è debitrice di un cavallo in genere e non da quella che è debitrice di un cavallo in specie. Altrimenti la prima avrebbe in pagamento un cavallo diverso da quello che le è dovuto, perchè un cavallo qualunque dovuto da una delle parti non può esattamente surrogare il cavallo determinato, che è dovuto dall'altra parte (2).

Quando poi si tratti di obbligazioni *alternative* in cui

(1) *Explication du Code Napoleon* sull'art. 1292 n. 822. — Massè, *Le droit commercial* tom. IV n. 2257 p. 155.

(2) Op. cit. n. 817.

una delle parti è debitrice di una cosa in genere e l'altra parte ha la scelta fra una cosa determinata od una cosa in genere, per es. se Tizio è debitore di Caio di 10 ettari di terreno della provincia romana, e Caio alternativamente è debitore di 10 ettari di terreno della stessa provincia, o della sua casa a Torino e Tizio abbia il diritto di scelta, in questo caso non può aver luogo la compensazione legale, altrimenti il debito alternativo si pagherebbe coi dieci ettari di terreno, mentre quella delle parti, che ha la scelta, ha il diritto di ricevere soltanto la casa. Ciò dipende dalla natura stessa della obbligazione alternativa, nella quale, fino a che la scelta siasi verificata, si ignora quale sia l'oggetto specifico della prestazione. La compensazione legale però potrà operarsi quando la scelta abbia avuto luogo e la parte abbia scelto cosa della stessa specie (1).

83. Se affinchè si verifichi la omogeneità le cose da prestarsi debbono essere della stessa specie, sarà però necessario che siano anche della *stessa qualità*? Che il debitore di cose di qualità superiore non possa costringere a compensare l'altra parte che sia debitrice di cose di qualità inferiore si comprende. Perchè la seconda risentirebbe un danno da questa compensazione. Ma *quid juris* nel caso di un debitore di cose di qualità inferiore che voglia compensare col debitore di cose di qualità superiore? « Chi è debitore di vino del Reno di qualità inferiore, scrive Dernburg, non può compensare con un credito allo Champagne. Ma chi può esigere una qualità migliore, può compensare con questo credito un debito della stessa specie di bontà inferiore, poichè la determinazione

(1) Marcadè op. cit. n. 8 18. — Dernburg, *Compensation* § 5 pag. 487.

della qualità è soltanto a suo vantaggio » (1). Ma questa decisione del giureconsulto alemanno non sembra punto accettabile di fronte alla disposizione dell'art. 1245 del codice civile. Se il creditore, secondo questa disposizione, non può essere costretto a ricevere in pagamento una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse anche *maggiore*, mi sembra logico che la stessa regola si applichi nel caso nostro, essendo questo un precetto comune tanto al pagamento che alla compensazione. Nè vale il dire che la determinazione della qualità è fatta ad esclusivo vantaggio della parte che ha diritto di esigere una qualità migliore e che ciascuno ha il diritto di rinunziare ai proprii vantaggi (2). Imperocchè niuno può conoscere i motivi psicologici che hanno indotto una persona a contrattare per avere una cosa determinata, piuttostochè un'altra. Chi potrebbe con certezza determinare se in un dato caso l'altra parte riceve un danno, anche dandole una cosa di maggior valore? Sia pure che voi siate mio debitore di una specie di vino di qualità inferiore, se voi volete darmene una specie di qualità superiore, io posso rispondervi che quel vino non lo voglio perchè a me non piace, e non potete costringermi ad accettarlo. Da tutto ciò che si è detto si deduce che la compensazione legale non può avverarsi quando le cose da prestarsi, sebbene della stessa specie, siano di qualità diversa e che la identità di qualità è un elemento essenziale della identità di specie.

84. Le obbligazioni di *fare* che abbiano per oggetto

(1) *Compensation* § 57 p. 485. — Nello stesso senso Krug *Die Lehre von der Compensation* p. 124.

(2) Arg. l. 99 D. *De solut et lib.: Creditorem non esse cogendum in aliam formam recipere, si ex ea re* aliquid damnum *passurus sit.*

una prestazione della stessa specie possono compensarsi? Per es. se io mi sono obbligato a fabbricare a Tizio un orologio ed egli si è obbligato verso di me a fabbricare la stessa cosa. Che in questo caso la compensazione legale non possa aver luogo è manifesto, sol che si rifletta che fra queste cose non può esservi mai quella identità di specie che si ricerca nella compensazione. Solo nel caso che i prodotti dello stesso genere di lavoro fossero identici nella natura e nella qualità potrebbe aver luogo la compensazione legale. Perchè tali cose possono surrogarsi le une alle altre. Ma si avverta che questa non deve considerarsi come una eccezione, ma come un caso che rientra nella regola generale (1).

Parimente la compensazione legale non potrebbe avvenire fra un credito che avesse per oggetto una somma di denaro, ed un diritto ad un *fatto*, sebbene questo fatto non consistesse nella prestazione di servizi personali, ma abbia un rapporto astratto col patrimonio di quello che ha diritto di domandarne l'esecuzione. Così, poichè a termini dell'art. 1919 del codice civile, il fidejussore ha, nei casi stabiliti dalla legge, (2) il diritto di essere rilevato dal debitore principale, anche prima di aver pagato, non potrebbe verificarsi la compensazione fra questo diritto che ha il fidejussore di essere rilevato ed il credito che il debitore principale ha verso il fidejussore. Imperocchè, a prescindere che, ove la compensazione si ammettesse, questo diritto che ha il fidejussore ad essere rilevato si renderebbe illusorio, in questo caso si tratta di una ob-

(1) Larombière, *Obligations* tom. II p. 363 sull'art. 1291 n. 14. — Dernburg op. cit. § 57 p. 487.

(2) Vedi anche l. 38 § 1. D. *Mandati*; l. 10 cod. *De fideiuss.*

bligazione di *fare* che incombe al debitore principale, cioè di rilevare il fidejussore dalla obbligazione (1).

Per la stessa ragione quegli che ha promesso di dare in prestito una somma di denaro non potrebbe invocare la compensazione di questo suo debito con un credito che ha verso il mutuatario; in questo caso infatti sebbene questa obbligazione si risolva nel pagamento di una somma di denaro, pure si tratta di una obbligazione di *fare* la quale verrebbe meno se si ammettesse la compensazione (2).

85. Poichè i crediti fra i quali può operarsi la compensazione debbono avere per oggetto non solo cose fungibili, ma anche della stessa specie, si domanda: perchè i crediti che hanno per oggetto somme di denaro siano compensabili è necessario che la moneta di ambedue i crediti sia della stessa specie?

In generale quando nel titolo, che serve di fondamento al credito, si indica la specie di moneta con cui deve eseguirsi il pagamento, questa indicazione non serve ad altro che a determinare il valore del debito. Ond'è che per regola generale si ammette la compensazione fra due crediti il cui pagamento deve effettuarsi con monete di specie diversa. Se non che, ove dalle circostanze o da una clausola espressa del contratto risultasse che la indicazione della specie di moneta fu apposta dalle parti non solo per determinare il valore, ma anche la specie della prestazione, la compensazione non può ammettersi fra i crediti il cui pagamento deve farsi con monete di specie diversa (3).

(1) Dernburg op. cit. § 57 p. 486.
(2) Dernburg op. cit. § 57 p. 487.
(3) Dernburg, op. cit. § 57 pag. 488 e 489. — Krug, *Die Lehre von der Compensation* § 48. — Massè, *Le droit commercial* ec. tom. IV n. 2246 pag. 146.

86. Del resto se perchè la compensazione si operi è necessario che le cose che formano obbietto dei crediti siano della stessa specie, non è però egualmente necessario che derivino da una stessa causa; perocchè non si ha riguardo alla causa del credito, ma allo scopo che si mira a conseguire che è il pagamento reciproco a cui le parti hanno un eguale diritto. L'illustre Laurent (1) fa menzione di un caso in cui l'applicazione di questa regola ha sollevato delle difficoltà. Il caso è il seguente. A causa di certi lavori non eseguiti lo Stato era creditore di due imprenditori. E poichè le due intraprese avevano un oggetto diverso, e lo Stato era anche debitore degli intraprenditori a causa di questi lavori, il credito ed il debito derivavano da cause diverse. La Corte di Aix decise essere in questo caso inammissibile la compensazione, perchè gl'intraprenditori erano agenti di società diverse, ove la compensazione venisse ammessa si confonderebbero servizi diversi e si getterebbe il disordine nella pubblica amministrazione. La cassazione però ammise la compensazione osservando che lo Stato non aveva contrattato con delle società, ma con due intraprenditori, che lo Stato è sempre la stessa persona morale, che esso, debitore a cagione di questi lavori, non è una persona diversa dallo Stato creditore a causa di altri lavori. Nel caso deciso dalla Cassazione insomma vi era identità delle persone, ma diversità nella causa dei crediti, la quale ultima non forma ostacolo alla compensazione (2).

È pure indifferente per la compensazione la natura del titolo dei crediti. Epperò può operarsi senza alcuna

(1) *Principes de droit civil français* tom. XVIII n. 437 p. 452 e 453.

(2) Cassazione francese 12 gennaio 1841 riferita da Dalloz, *Rèpertoire*, v. *Obligations* n. 2673.

difficoltà la compensazione fra un credito risultante da atto pubblico ed un credito derivante da scrittura privata. Imperocchè, sebbene uno dei due titoli sia esecutivo (1), mentre l'altro non lo è, questa diversità in materia di compensazione non può essere di ostacolo, in quanto la compensazione si opera in virtù di legge e non è necessaria la esecuzione forzata (2). Parimente la compensazione può operarsi fra un credito ipotecario ed un credito semplicemente chirografario.

87. La compensazione si opera ancora quando i due debiti non siano pagabili nello stesso luogo, purchè sia fatta ragione delle spese di trasporto al luogo del pagamento. Quando i due debiti non siano pagabili nello stesso luogo, dispone l'art. 1292 del codice civile, non si può opporre la compensazione, se non computate le spese di trasporto al luogo di pagamento.

A proposito di questa disposizione deve anzitutto osservarsi che essa non può applicarsi nel caso che ciascuno dei due debiti debba esser pagato al domicilio del rispettivo creditore. Per vero in questo caso la distanza che separa i due debitori non altera punto i diritti delle parti e ciascuno dei creditori mediante la compensazione è pienamente soddisfatto di ciò che gli è dovuto. Se un commerciante di Roma ed un commerciante di Milano siano reciprocamente debitori e debbano pagare l'uno a Milano e l'altro a Roma quando la compensazione si opera, essi si sono reciprocamente soddisfatti senza che abbiano diritto di pretendere altra cosa. L'art. 1292 si applica propriamente al caso che uno dei due debiti, o entrambi, siano pagabili non solo in luoghi diversi, ma anche fuori del

(1) Cod. di proc. civ. art. 554 n. 3.

(2) LAURENT, *Principes* tom. XVIII n. 439 pag. 454 — AUBRY e RAU, tom. IV p. 231 nota 28.

domicilio dei rispettivi creditori, in un luogo determinato nel quale il creditore abbia interesse di ricevere il pagamento. In questo caso il debitore non può opporre la compensazione se non fatta ragione delle spese di trasporto al luogo del pagamento. Questo caso è analogo a quello contemplato da Giavoleno nella l. 15 D. *De compensationibus* in cui è detto: « *Pecuniam* certo loco *a Titio dari stipulatus sum: is petit a me quam ei debeo pecuniam: quaero an hoc quoque* pensandum *sit quanti mea interfuit certo loco dari. Respondi si Titius petit eam quoque pecuniam quam certo loco promisit,* in compensationem *deduci oportet, sed* cum sua causa, *id est ut* ratio habeatur *quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari.* É dunque l'interesse che ha il creditore ad esser pagato in un luogo determinato diverso dal suo domicilio che rende applicabile l'art. 1292 del codice civile perchè nel caso che il pagamento debba farsi al domicilio del rispettivo creditore, la compensazione estingue completamente i diritti di ambedue le parti, in quanto produce lo stesso effetto del pagamento al domicilio del creditore (1).

Che anzi l'art. 1292 non può neppure applicarsi al caso che i due debiti siano pagabili al domicilio dei debitori rispettivi, giusta il precetto dell'art. 1249 del codice civile secondo il quale per regola il pagamento si deve fare al domicilio del debitore, salvo patto in contrario. Infatti se è vero che in questo caso ciascuno dei creditori è pagato fuori del proprio domicilio, ciò avviene in virtù di una disposizione di legge e non di una convenzione speciale dettata dal bisogno di aver denaro nel

(1) Consulta tuttavia Dernburg, *Compensation* § 58 pag. 502 e segg. in cui esamina ampiamente il valore dell'*actio de eo quod certo loco* in relazione a questo punto del diritto moderno.

luogo del pagamento. La compensazione in questo caso non può esser soggetta alla condizione stabilita dall'articolo 1292, perchè il creditore non risente alcun danno a causa di essa, avendo egli dovuto prevedere gli effetti che deriverebbero dal pagamento eseguito nel domicilio del debitore (1). Vero è che l'art. 1250 del codice civile dispone che le spese del pagamento sono a carico del debitore e potrebbe per conseguenza obbiettarsi che anche nel caso da noi previsto la compensazione non possa operarsi se il debitore non paghi l'indennità prevista dall'articolo 1299.

Ma l'obbiezione si dilegua se si avverta che l'art. 1250 non pone come condizione della liberazione il rimborso delle spese del pagamento; esse formano oggetto di una domanda separata da intentarsi in uno speciale giudizio, mentre l'art. 1292 pone il pagamento delle spese di trasporto come condizione necessaria perchè si verifichi la compensazione.

88. Sorge a proposito dell'art. 1292 una questione speciale. La compensazione fra due debiti, che sono pagabili in luoghi diversi, si opera *ipso jure*, oppure è necessario che essa sia domandata?

L'art. 1287 del codice civile, come abbiamo già notato, esige per la compensazione che l'oggetto dei crediti deve essere o una somma di danaro o una determinata quantità di cose della stessa specie, le quali possono nei pagamenti *tener luogo le une delle altre*. Quando uno, o ambedue i crediti, debba esser pagato in un luogo determinato, essi non si trovano nelle medesime condizioni, perchè costituiscono quantità di specie diversa, le quali

(1) In questo senso Massè, *Le droit commercial* ecc. tom. IV n. 2247 pag. 148.

di per sè non possono venire in compensazione. « In definitiva, scrive Massè, quella delle parti che deve pagare in questo luogo, sarebbe liberata senza aver adempito tutti i suoi obblighi, poichè in virtù della compensazione, essa avrebbe pagato in un luogo diverso da quello in cui doveva pagare » (1). Il codice pertanto in questo caso accenna ad un caso di compensazione puramente *facoltativa*. E che sia così si deduce da questo che, coll'ammettere la compensazione legale in questo caso, si costringerebbe il creditore a sobbarcarsi alle spese necessarie per procurarsi il denaro del quale ha bisogno nel luogo in cui deve effettuare il pagamento. Ora tutto ciò sarebbe contrario a quella equità ed a quella speditezza di procedimento per le quali la compensazione fu introdotta.

Nè può obbiettarsi, come fa Marcadè, che: « la legge non si occupa in alcun luogo della compensazione facoltativa. Senza dubbio, la dottrina, ragionevolmente, distingue la compensazione legale e facoltativa; ma il testo del codice si è occupato soltanto della prima; nulla accennando nella nostra sezione a due classi di compensazione; esso non parla che di una sola che si opera di pieno diritto per la sola forza della legge, e all'insaputa dei debitori. Le parole *opporre la compensazione* dunque, nel nostro articolo ed in tutti quelli ove sono usate, importano, *invocare* la compensazione operata di pieno diritto, onde giovarsene » (2).

(1) *Le droit commercial* tom. IV n. 2248 pag. 149 — DERNBURG, *Compensation* § 58 pag. 502 — TOULLIER op. cit. tom. VII n. 400.

(2) *Explication du Code Napoleon* sull'art. 1296 n. 844 — Nello stesso senso DURANTON, tom. XII n. 386 — ZACHARIAE, tom. II § 326 — LAROMBIÈRE, Vol. II pag. 393 sull'art. 1396 n. 1 — LAURENT, tom. XVII n. 440 pag. 455 e 456.

Questa argomentazione di Marcadè, seguita comunemente da quasi tutti gli scrittori, anzitutto si aggira in un circolo vizioso; la legge, dice il dotto scrittore, non si occupa in alcun luogo della compensazione facoltativa, dunque neppure in questo caso. Ma è proprio questo che bisogna dimostrare, che cioè in questo caso non se ne occupa; ora noi dimostriamo appunto che in questo caso si accenna ad una compensazione facoltativa. Nè è per la ragione supposta da Marcadè che noi riteniamo trattarsi piuttosto di compensazione facoltativa che di compensazione legale: noi non ci fondiamo, com'egli crede, sulle parole dell'art. 1292: « *non si può opporre la compensazione,* » ma sui principii che regolano la condizione della omogeneità dei crediti, cioè sulla diversità che esiste fra due crediti che non sono pagabili nello stesso luogo. Nel caso contemplato dall'art. 1292 è impossibile che si operi una compensazione di pieno diritto, perchè la compensazione in quel caso dipende dall'offerta delle spese di trasporto al luogo di pagamento; ora la compensazione legale è quella che si opera *ad insaputa* degli stessi debitori e non dipende dalla loro volontà, come accade nel caso previsto dall'art. 1292. La conclusione quindi mi par chiara in favore della compensazione facoltativa.

89. È necessario ora determinare che cosa si debba intendere colle parole: *spese di trasporto al luogo del pagamento*. Con questa espressione si vuole intendere quella indennità a cui può aver diritto l'una o l'altra delle parti, a causa del danno che essa risente non ricevendo il pagamento nel luogo determinato. Epperò talora essa consiste nel rimborso delle spese che sarebbe stato necessario di fare per trasportare la cosa nel luogo del pagamento; talora nei diritti di commissione e di cambio che si sarebbero dovuti pagare per avere i fondi nel luogo

determinato pel pagamento (1). Per ciò che riguarda i crediti pecuniari è chiaro che siccome la moneta è una merce il cui prezzo varia, nei diversi luoghi, secondo la legge dell'offerta e della domanda, i due crediti possono essere diversi nell'ammontare secondo il diverso luogo del pagamento. La diversità di valore, che ha la moneta sulle diverse piazze, si chiama *cambio*. Questo varia secondo il prezzo commerciale del denaro nelle diverse piazze fra le quali si opera lo scambio dei valori. Avverte però il Larombière che la valutazione del cambio e dei diritti di commissione non debbono farsi a rigore se non nel caso che si tratti di un movimento di denaro su di una piazza veramente commerciale.

Le spese di trasporto non sono necessariamente a carico della parte che invoca la compensazione, ma a carico di quella che risente maggior vantaggio dal fatto che il pagamento non si effettua in virtù della compensazione nel luogo determinato (2).

Queste spese sono dovute egualmente tanto se si tratti di crediti pecuniarii, quanto se si tratti di grani o di derrate della stessa specie da consegnarsi in luoghi diversi. In quest'ultimo caso le spese di trasporto consistono o nelle spese del trasporto vero e proprio, o nella differenza di valore delle derrate sopra le due diverse piazze.

(1) Larombière op. cit. vol. II pag. 393. — Desjardins, *De la compensation* pag. 430.

(2) Desjardins, op. cit. pag 429 — Larombière op. cit. pag. 394.

§ IV.

LIQUIDITÀ DEI CREDITI.

SOMMARIO.

90. Scopo per cui si richiede la *liquidità* come condizione della compensazione legale.

91. Che cosa deve intendersi per credito *liquido*. — Duplice elemento della liquidità. — Certa esistenza del credito. — Determinazione del suo ammontare. — Illiquidità *processuale* ed illiquidità *materiale*.

92. Se la liquidità sia stata dai giureconsulti del diritto classico considerata come condizione assoluta della compensazione. — Legislazione Giustinianea. — Interpretazione della l. ult. Cod. *De compensationibus*.

93. Natura giuridica della liquidità nel diritto civile moderno. — L'esistenza del credito dev'esser *certa*. — Quando si verifichi tale certezza. — Necessità che sia certo specialmente il fondamento giuridico del credito.

94. L'ammontare del credito deve essere determinato in modo certo.

95. È liquido un credito la determinazione del cui ammontare dipende da un rendimento di conti? — Distinzioni che debbono farsi a questo proposito.

96. Può aver luogo la compensazione fra le rimesse di valori in *conto corrente*? — Natura giuridica del *conto corrente*. — Si confutano alcune obbiezioni tendenti ad ammettere la compensazione in questo caso — Risoluzione della questione.

97. Se possano riguardarsi come liquidi i crediti rispetto ai quali sia possibile una *facile liquidazione*. — Dottrina degli antichi scrittori. — Discussione avvenuta in proposito nel Consiglio di Stato francese.

98. Critiche sollevate contro il principio adottato dalle legislazioni moderne secondo il quale non può dirsi liquido il credito prontamente liquidabile.

99. Si esamina la questione se sia ammessa la liquidabilità a fronte del Codice civile italiano.

100. Si biasima il sistema seguito dalla giurisprudenza di ammettere la compensazione nel caso di pronta liquidazione contro lo spirito e la lettera della legge.

90. Lo scopo a cui la compensazione mira si è quello di vietare all'attore di esigere ciò che deve da parte sua pagare al convenuto. Evitando il reciproco pagamento, si rimuove il pericolo che l'attore riscuota il proprio credito e defraudi nello stesso tempo il convenuto del pagamento del credito suo rendendosi insolvente. È questo tutto il vantaggio, e certo non piccolo, che si ricava dalla compensazione, ed è questa la ragione per cui essa dopo così aspra e lunga lotta venne introdotta come diritto assoluto delle parti. Ma questo vantaggio, in cui tutta si compendia *l'equità* della compensazione legale, potrebbe venire paralizzato dal fatto che un convenuto male intenzionato potrebbe abusare di questo mezzo affine di procrastinare la decisione della causa ed ottenere delle illegittime dilazioni. La semplice asserzione della controparte, che essa ha dei crediti capaci di venire in compensazione, non può sospendere la decisione rispetto ad un credito certo ed incontestato dell'attore; imperocchè il soddisfacimento di un diritto certo ed incontestato non può essere differito a causa di ricerche lunghe ed intricate, e di cavilli di un preteso diritto accampati forse al solo scopo di tirare in lungo la causa, senza offendere quel principio di equità per cui venne introdotta la compensazione. Occorreva pertanto trovare un espediente, il quale mentre da una parte doveva far sì che rimanesse inalterato il principio della compensazione, dall'altra si evitassero i danni e gli abusi cui esso poteva dar luogo. Questo espediente si fu di esigere come condizione la *liquidità* dei crediti da compensarsi.

91. Dicesi *liquido* un credito quando è *certo ed indiscutibile* tanto rispetto alla sua esistenza, quanto rispetto al suo ammontare: *cum certum est an et quantum debeatur*. La liquidità pertanto comprende due elementi:

l'esistenza del credito ed il suo ammontare. Imperocchè si può esser certi dell'esistenza di un credito senza che per questo il credito possa dirsi liquido, quando il suo ammontare non sia peranco determinato e viceversa può un credito esser determinato nel suo ammontare e tuttavia non esser liquido, se la sua esistenza sia contestata.

La illiquidità di un credito può essere di due specie. Talvolta l'esistenza e l'ammontare del credito sarà determinata, mancheranno però al creditore le *prove* immediate di esso, sicchè dovrebbe procurarsele durante il corso del giudizio principale. Questa specie d'illiquidità vien detta *processuale*. Talvolta l'illiquidità si verifica invece rispetto a diritti materiali. Può l'ammontare del credito essere determinato obbiettivamente, in quanto gli elementi da cui si ricava già esistono tutti ed il magistrato nel decidere non crea ma dichiara soltanto il diritto già esistente, però l'operazione, che in questo caso è necessaria per arrivare al risultato finale, è spesso tanto complicata che il parere del magistrato o dei periti ha una decisa influenza di guisa che nessuna delle parti potrebbe, prima della sentenza, determinare con sicurezza l'ammontare del credito. Ciò accadrebbe a cagion d'esempio nei diritti di risarcimento di danni a causa di tardiva consegna della cosa venduta sia per colpa, sia per dolo; nei diritti derivanti da un rapporto di società, da una gestione di affari e simili. Questa specie di illiquidità si chiama *materiale*.

92. Prima però di definire le diverse questioni cui dà luogo la liquidità nel diritto moderno, mi par necessario di esaminare le norme delle leggi romane intorno alla liquidità, e se questa dai giureconsulti del diritto classico venisse considerata come una condizione necessaria della compensazione.

Anzitutto dalle testimonianze delle fonti non risulta

che la liquidità sia stata considerata dai giureconsulti dell'epoca classica come una condizione della compensazione. I testi che alcuni scrittori adducono in sostegno di una contraria opinione si riferiscono a materie diverse e non possono citarsi in appoggio di essa (1). Inoltre dall'esame del sistema processuale dell'epoca classica risulta che la liquidità non poteva richiedersi come una condizione speciale della compensazione.

In quest'epoca la procedura era molto rapida. Gaio ci dice che quei giudizii che si chiamavano *legitima* ed erano quelli *quae in urbe Roma, vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno judice accipiuntur..... nisi* in anno et sex mensibus *iudicata fuerint*, expirant » (2). Questa breve prescrizione della lite stabilita dalla legge *Iulia judiciaria* e le abbreviazioni di termine ordinate dal Pretore limitava naturalmente le dilazioni e gl'indugi di guisa che le parti dovevano nella discussione della causa allegare tutti i mezzi di prova necessarii a dimostrare la sussistenza delle loro domande. Potevano è vero accordarsi dei differimenti affinchè la parte potesse provvedersi quei mezzi di prova che le fossero indispensabili, ma ciò dipendeva assolutamente dall'arbitrio del magistrato (3). Tutto questo dimostra che la liquidità in quell'epoca era necessaria, ma non come una condizione speciale della compensazione, bensì come una condizione generale di tutte le azioni

(1) Cuiacio (*Observ. et Emend.* Lib. VIII cap. 16 Ediz. di Venezia Opera omnia tom. III p. 188 e 189) cita la l. 22 D. *De compensationibus* e la l. 3 D. *De tutoria actione*. In ambedue questi casi il giureconsulto non si riferisce alla compensazione come dimostra Dernburg op. cit. § 66 p. 159.

(2) *Comm.* Lib. IV § 104 e 105.

(3) L. 4 e 8 Cod. *De except.*

ed eccezioni reclamata dalla straordinaria rapidità della procedura classica (1).

La rapidità della procedura giudiziaria divenne in seguito molto minore; che anzi i differimenti erano divenuti così illimitati che le liti si prolungavano all'infinito. Contro questo inconveniente invano lottava la legislazione. Non giovò a sradicare il male ormai inveterato nè la costituzione di Teodosio che comminava la prescrizione delle liti che fossero rimaste sospese per un trentennio; (2) nè la Novella di Valentiniano che ordinò doversi ogni lite terminare nel lasso di tre anni (3).

L'imperatore Giustiniano cercò di rimediare anch'esso a questo inconveniente. Stabilì dapprima che le cause civili in prima istanza non potessero prolungarsi oltre un triennio. (4) In seguito dispose che *quando una pars allegationibus renunciaverit, alia vero pars dixerit, se habere aliquid quod proponat: judex negotii modis omnibus eam partem, quae utitur dilatione compellat intra* triginta dies, *postquam altera pars renunciaverit, quidquid velit sine aliqua intermissione proponere: quod si non fecerit, tunc ad eius malitiam convincendam* alius unus mensis *indulgeatur a judice. Si vero et sic distulerit, alterius* unius mensis *ei dilatio praebeatur: ita ut*

(1) A sostegno dell'opinione contraria non potrebbe citarsi la legge 46 § 4 D. *De jure fisci* secondo la quale: « *Qui compensationem opponit Fisco*, intra duos menses *debitum sibi docere debet.* » Quel frammento non stabilisce una particolarità della compensazione, ma dichiara che le liti col fisco non possono differirsi oltre i limiti ordinarii di tempo a causa della compensazione, essendochè: *antiquo jure fiscalia negotia intra duos menses in eadem provincia, intra quatuor in contigua, intra sex in transmarina dicantur.* » L. 41 Cod. Theod. *De appellationibus.*

(2) Const. un. Cod. Theod. *De act. certo temp. finiend.*

(3) Nov. Valentiniani 12.

(4) L. 13 cod. *De judiciis.*

si usque ad praedictos tres menses, *quos litigatoribus protrahentibus concessimus, suas non proposuerit allegationes: tunc cognitor causae non amplius expectans, modis omnibus proferat sententiam legibus consonantem* » (1).

Se la durata delle liti veniva prolungata da cavillose eccezioni in guisa da render necessarie disposizioni tanto spesso ripetute tendenti tutte al medesimo scopo, ciascun vede quanto dovesse intricare il procedimento l'eccezione di compensazione, in virtù della quale il convenuto, dimandando sempre nuovi mezzi istruttorii per far constatare l'esistenza e l'ammontare di un suo preteso credito, poteva prolungare la lite all'infinito. A rimuovere siffatto gravissimo inconveniente ed a rendere più spiccio e più rapido il procedimento provvide Giustiniano nella l. ult. cod. *De compensationibus*. L'Imperatore dopo avere nel principio di quella costituzione rescritto che la compensazione si applica *ipso iure* a tutte le azioni indistintamente si reali che personali, nel § 1. soggiunge: « *Ita tamen compensationes obiici jubemus, si causa, ex qua compensatur*, liquida *sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare: satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem iam certi et indubitati debiti, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas compensationes existant: nec molli animo eas suscipiant; sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem* alii judicio

(1) Nov. 115 cap. II.

reservent: *litem autem pristinam jam paene expeditam, sententia terminali componant: excepta actione depositi, secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.* »

Rispetto a questa costituzione di Giustiniano, che veramente si esprime in modo non troppo preciso, molti sono i dubbii che vennero sollevati dagli interpreti, diverse le spiegazioni che sono state messe innanzi. Chi sostiene che l'Imperatore richiedesse in quella costituzione la *liquidità* come condizione assoluta della compensazione; chi invece propugna l'idea che Giustiniano volesse escludere le sole eccezioni di compensazione illiquide allegate dal convenuto dopo compiuta l'istruttoria della causa principale (1). Altri finalmente credono che l'Imperatore non abbia richiesto la liquidità come condizione assoluta della compensazione, ma soltanto una facile dimostrabilità del credito opposto in compensazione; che questa facile dimostrabilità debba però esistere tanto per la compensazione che si oppone dopo terminata l'istruttoria della causa principale, quanto per quella che si oppone nello stadio *precedente* (2).

Senza stare a discutere tutte queste opinioni, che troppo ci dilungherebbero dal nostro campo, a me pare opportuno di riferire le parole del Dernburg, il quale, a mio avviso, ha colto il vero significato della costituzione giustinianea. « Non vi ha nella sua intenzione, scrive il dotto alemanno, di fornire al magistrato una norma determinata. Siccome egli (Giustiniano) ha stabilito il principio giuridico che la compensazione è un diritto delle parti, egli cerca di ovviare ai pericoli che questo princi-

(1) Donello, *Comm. iur. civ.* ad leg. ult. cod. *De compensationibus.*

(2) In questo senso Vangerow, *Pandekten* vol. III § 618 nota 2. — Arndts, Serafini, *Trattato delle Pandette* § 264 nota 8.

pio potrebbe portar seco a danno di una spedita amministrazione della giustizia; perciocchè egli autorizza il magistrato a differire, all'occorrenza, la discussione dell'eccezione di compensazione. Quando ciò dovesse avvenire, egli lo lascia all'arbitrio del magistrato, egli fornisce soltanto alcuni punti fondamentali, *specialmente* deve aver luogo se la lite intentata già si approssima al suo termine e la domanda avversaria darebbe occasione a discussioni evidentemente troppo lunghe. Così l'arbitrio del magistrato al termine dello sviluppo del diritto romano della compensazione è divenuto nuovamente importante. Ma anche ora resta assolutamente inalterato a favore delle parti il diritto di compensazione, esso esiste tanto prima che dopo indipendentemente dall'arbitrio del magistrato; il magistrato deve decidere soltanto la questione se l'eccezione di compensazione debba accogliersi nel primo processo, non se essa debba farsi valere. Se egli non la può considerare, se egli ritiene più opportuno di terminare il primo giudizio, egli deve riservare al convenuto il suo diritto di compensazione » (1).

93. Esposto così, sulle traccie del Dernburg, lo stato della questione della liquidità nelle leggi romane, dobbiamo occuparci della liquidità nel diritto civile moderno.

Come si è notato, il codice civile italiano esige come requisito della compensazione legale la *liquidità* dei crediti che vengono in compensazione (2). Questa liquidità, il che fu pure già osservato (3), comprende due elementi cioè l'esistenza del credito ed il suo ammontare. Questi due elementi debbono essere separatamente da noi analizzati.

(1) *Compensation* § 66 pag. 565 e 566.
(2) Cod. civ. art. 1287.
(3) V. sopra n. 91.

È necessario anzitutto, perchè la liquidità si verifichi, che l'esistenza del credito sia *certa* (1). L'esistenza di un credito cessa di esser certa quando esso venga impugnato dal debitore.

Vuolsi però a questo proposito avvertire con Laurent che non ogni contestazione sollevata dal debitore può rendere incerta l'esistenza di un credito, ma le sole contestazioni *legittime*, quelle cioè che hanno un'apparenza di fondamento e di ragione. Quindi non è certo nella sostanza un credito se i titoli e gli elementi correlativi al medesimo danno luogo ad un'eccezione proponibile in buona fede e non affatto destituita di fondamento giuridico (2). Si comprende però di leggieri che qualora qualsivoglia contestazione accampata dal debitore potesse far cessare la liquidità di un credito, la compensazione cesserebbe di essere legale e sarebbe subordinata al capriccio delle parti (3). Quando la legge dichiara che i debiti per esser compensabili, debbono esser *liquidi*, con ciò non intende

(1) Bersano, *De compensationibus* cap. II quaest. 2. n. 3 e 4 pag. 64. — Gratianus, *Disceptationes forenses* cap. 490 n. 24.

(2) C. C. di Torino 6 settembre 1867 Gottardo contro Finanze (*Legge* VII, I, 1159).

(3) *Principes de droit civil* tom. XVIII n. 498 pag. 417. — V. anche Desjardins, *De la compensation* pag. 387 e 388, e Bruxelles 18 febbraio 1850. « La contestazione, sentenziava questa Corte, che solleva il debitore contro un titolo regolare la cui esecuzione è reclamata a carico suo non può aver l'effetto di rendere illiquida questa obbligazione, in guisa da renderla non suscettibile di compensazione. Il solo effetto di simile contestazione deve essere di far sospendere la dichiarazione di compensazione, fino a che sia stata pronunziata dal magistrato sul fondamento dei vizii imputati al titolo; il sistema contrario assoggetterebbe la compensazione al capriccio dei debitori e fornirebbe un'arma sicura al debitore insolvibile e di mala fede per farsi pagare il credito impedendo, mediante una contestazione infondata, di opporre quella che il suo debitore potrebbe avere a suo carico, per quanto essa fosse liquida (*Pasicrisie* 1850, 2, 229).

che la compensazione debba cessare sol perchè dal debitore si vengono allegando ridicoli e cavillosi pretesti al solo scopo di sottrarsi alla compensazione. Se diverso fosse stato l'intendimento del legislatore egli avrebbe offerto ai debitori un facile addentellato per eludere le disposizioni di legge da lui emanate (1). Per questo venne deciso che un credito risultante da un biglietto all'ordine non cesserebbe di esser liquido ed atto ad essere opposto in compensazione per ciò solo che il soscrittore del medesimo si limitasse soltanto a negare il suo debito (2). Spetta poi naturalmente al prudente criterio del magistrato il decidere secondo le circostanze quando la contestazione sia oppur no fondata ed ammettere o negare la compensazione (3).

Perchè il credito sia liquido è necessario sopratutto che sia certo il fondamento giuridico del medesimo, non potendo considerarsi come certo un credito il cui giuridico fondamento può sollevare ragionevoli contestazioni (4). Non potrebbe quindi considerarsi come liquido un credito rispetto al quale sia necessario di indagare se esso dipende

(1) Il relatore del Tribunato, Jaubert, diceva a questo proposito: « Guardiamo che la legge non dice: *egualmente riconosciuti dalle due parti*. Perchè se l'una delle parti si permettesse di sollevare una maligna contestazione e di sostenere, contro ogni evidenza, che essa non è debitrice, se il giudice vedesse chiaramente che il debito fosse certo, non potrebbe esimersi dal dichiarare la compensazione. Quando adunque la legge esige che i due debiti siano egualmente liquidi, essa non ha voluto escludere che quelli i quali potevano dar luogo a discussione ». (Fenet *Travaux préparatoires* tom XIII, pag. 363).

(2) Bruxelles 25 febbraio 1852 (*Pasicrisie* 1852 pag. 340). C. A. di Bologna 8 aprile 1875 Lolli contro Direzione prov. delle poste di Ferrara (*Bettini* XXVII, 2, 434).

(3) Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 399 pag. 418. — Bruxelles 12 gennaio 1860 (*Pasicrisie* 1865, 2, 355).

(4) Cass. francese 1 luglio 1851.

da causa lecita o illecita ed occorra per conseguenza una discussione giudiziaria. In generale si può stabilire come regola che l'esistenza di un credito non può considerarsi siccome *certa*, quando per constatarla sia necessario che il magistrato risolva delle questioni di diritto o debba ricorrere a mezzi istruttorii, come sarebbe la nomina di periti, verifiche, sentenze interlocutorie e simili (1). Basterebbe quindi che quegli che oppone la compensazione di un credito domandi di provarne la sua esistenza perchè il magistrato debba escludere la compensazione (2).

94. Perchè un credito sia liquido non basta che la sua esistenza sia certa ed incontestato il suo fondamento giuridico, ma è necessario inoltre che sia certo il suo *ammontare*; imperocchè operandosi, giusta l'art. 1286 del codice civile, la compensazione *ipso iure* dei due crediti per le *quantità corrispondenti*, è necessario che questa quantità sia conosciuta, altrimenti non si potrebbe sapere se i due crediti siano estinti per intero o uno di essi soltanto in parte ed in quale misura (3).

A rigore dei principii un credito non può dirsi liquido che quando il suo ammontare è certo e determinato; or bene poichè un credito la determinazione del cui ammontare dipende da un regolamento di conti, non è determinato nel suo ammontare non può dirsi liquido. S'ingannerebbe però chi credesse che ogni volta che vi sia da fare un conto, anche semplice, per determinare l'ammon-

(1) Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 400 pag. 418. — Cass. francese 21 febbraio 1870 (Dalloz, 1871, 1, 100). C. C. di Firenze 17 gennaio 1870 Guidotti c. Boscherini (*Legge* X, 1, 210).

(2) Bruxelles, 24 decembre 1827 (*Pasicrisie*, 1827 pag. 351): Liége, 24 decembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 191).

(2) Bersano, *De compens.* cap. II quaest. 2. n. 3 pag. 64. — Laurent *Principes* tom. XVIII n. 403 — Aubry e Rau, tom. IV § 326 nota 9.

tare di un credito, manchi la condizione della liquidità. Così quando tutti gli elementi del conto siano incontestabili nel loro ammontare, per quanto lungo ed intricato possa essere il calcolo aritmetico necessario per determinare l'ammontare totale del credito, il risultato del conto, sebbene attualmente ignoto, è un credito perfettamente certo nel suo ammontare, fondandosi questo sopra elementi certi ed incontestabili. E tanto più dovrebbe considerarsi come liquido quel credito dipendente da un conto il cui ammontare può determinarsi con un semplice calcolo. È chiaro tuttavia che affinchè esista la liquidità di un credito dipendente da un conto, è necessario che niuno degli elementi di questo conto possa esser soggetto a ragionevole contestazione. Ove alcuno di questi elementi fosse soggetto a legittima contestazione il credito non potrebbe dirsi liquido, nè diverrebbe tale che quando fosse accertato il risultato del conto. Così la Cassazione di Firenze sentenziava che il credito nel quale non esiste titolo certo e costante, ed è controverso fra le parti, non acquista vera sussistenza giuridica, se non dopo discussione *ed approvazione di conto* o pronuncia del magistrato: e da questa data soltanto diviene liquido e compensabile (1). E si noti a questo proposito che non potrebbero neppur considerarsi come crediti liquidi le partite di un conto non soggette a contestazione; il magistrato quindi non potrebbe separare le partite contestate da quelle incontestate e pronunziare la compensazione di quest'ultime; imperocchè un conto è un'operazione unica che non può scindersi; trattasi di un credito unico risultante da diversi elementi il cui ammontare ancora ignoto deve determinarsi mediante

(1) C. C. di Firenze 3 luglio 1878 Pieruzzini contro Gimelli (*Annali della Giurisprudenza italiana* VII, 1, 385).

il complesso dei medesimi. Solo nel caso che le partite di questo consistessero in obbligazioni indipendenti per l'oggetto, per la causa, per la data potrebbe operarsi la compensazione di quelle incontestate. In questo caso infatti il conto non ha per iscopo di determinare l'ammontare di un solo credito, come accade nel caso precedente, ma tende a determinare il residuo dovuto dall'una o dall'altra delle parti, dopo operata la compensazione (1).

96. Fin qui del conto semplice o di gestione; ora delle questioni relative al *conto corrente*. Può aver luogo la compensazione fra i versamenti reciproci e successivi dal complesso dei quali risulta il conto corrente? Prima di risolvere la questione credo opportuno di accennare brevemente alla natura giuridica del conto corrente intorno alla quale si sono sollevate tante difficoltà nel campo sì della dottrina che della giurisprudenza. Imperocchè determinata l'indole giuridica di esso, ci riuscirà più agevole la risoluzione della questione proposta. Non è questo il luogo di esporre le diverse opinioni messe innanzi dagli scrittori per determinare la natura giuridica del conto corrente. Basti notare che mentre alcuni gli negano perfino il carattere contrattuale (2), altri lo riducono ad un semplice prestito reciproco (3); taluni infine lo considerano come risultante da un complesso di contratti (4). In questi

(1) Larombière, *Traitè des obligations* tom, II pag. 365 sull'art. 1291 n. 18.

(2) Quest'opinione fu sostenuta da Merlin, *Rèpert.* v. *Compte courant;* da Alauzet, *Comm. au Code de Comm*, n. 630; da Fremery, *Ètudes de droit commerc.* pag 383.

(3) Di questa opinione è Pardessus, *Cours de droit comm.* Vol. I n. 475; e Massè, *Le droit comm.* tom. IV n. 2274. V. anche C. di A. di Torino 14 aprile 1858 (*La Giurisprudenza* di Torino V, 300).

(4) In questo senso Dalloz, *Repert* v. *Compte courant* n. 13; Noblet, *Du compte courant* n. 60.

ultimi tempi però si è aperta la via un'opinione più ragionevole, la quale tende a prevalere tanto nella dottrina che nella giurisprudenza ed è sostenuta dai più valenti scrittori di diritto commerciale sì italiani che stranieri (1). Secondo questa opinione, che è la vera, il *conto corrente* è un contratto speciale (*sui generis*) che produce effetti giuridici speciali e può definirsi: « un contratto in virtù del quale due persone si fanno delle rimesse di valori allo scopo di trasmettersene la proprietà e la libera disponibilità, e di accreditarsene anche e di addebitarsene l'importo, sicchè le obbligazioni derivanti da quelle rimesse si estinguono fino a concorrenza, per via di compensazione, alla chiusura del conto » (2). Basterebbe l'esame di questa definizione del conto corrente per risolvere la questione della compensazione; poichè nel conto corrente non ha luogo alcun pagamento, le parti non hanno per iscopo di estinguere un debito, ed i versamenti, essendo produttivi d'interesse, non possono esser fatti *solutionis causa*; non potendo quindi nel conto corrente aver luogo il pagamento, è chiaro che non può operarsi neppur la compensazione. Nè si obbietti che la compensazione si opera fra debiti e crediti reciproci quali appunto si riscontrano nel conto corrente. Imperocchè, ammesso anche come esatto che nel conto corrente vi abbia reciprocità di debiti e di crediti, ciò non basterebbe per deciderci a favore della compensazione. La compensazione richiede la liquidità del credito; ora questa liquidità manca assoluta-

(1) Delamarre e Lepoitvin, *Droit commercial* vol III n. 329; Feitu, *Traité du compte courant* n. 56; Vidari, *Archivio giuridico* Vol. XI pag. 266; Borsari, *Comm. al cod. di comm.* vol I n. 343; Supino, *Del conto corrente* n. 14 pag. 22.

(2) Vidari, loc. cit.; Supino, loc. cit. — V. anche C. S. di Torino 5 luglio 1867 (*Legge*, 1868, 1, 63).

mente nelle rimesse di valori che entrano in conto corrente; questa liquidità, cioè la determinazione dell'esistenza e dell'ammontare del credito, non si ottiene che dopo la chiusura del conto corrente, la quale sola permette di decidere con precisione chi risulti debitore e chi creditore. Giustamente osserva Pardessus: « Per sua natura il conto corrente è soggetto ad una perpetua variazione; non essendo limitato il movimento, le operazioni successive arrecano da un giorno all'altro dei nuovi elementi di debito e di credito.... Quando fra le parti non esistono che i semplici rapporti di creditore e di debitore, tutto è fisso; i calcoli per imputazione, risultanti da pagamenti certi, non hanno inconveniente di sorta. — Nel conto corrente, nulla è suscettibile di determinazione che quando esso è finito, Questa perpetua variazione si oppone dunque a che quegli il quale è in credito sappia definitivamente ciò che gli è dovuto in capitale ed interessi » (1).

Ma vi ha di più. Non solo manca la condizione della liquidità, ma fa difetto ancora quella della esigibilità dei crediti. La rimessa delle somme in conto corrente si fa allo scopo di trasmetterne la proprietà e la libera disponibilità al corrispondente fino all'epoca della chiusura del conto. Prima di quest'epoca quindi colui che ha rimesso i valori non può costringerlo alla restituzione di essi, non ha quindi contro di lui un credito attualmente esigibile, nè si conosce se egli risulterà creditore quando il conto corrente sarà definitivamente chiuso. Mancando pertanto la esigibilità non può operarsi la compensazione legale.

Nè basta; finora abbiamo supposto che vi abbia nel conto corrente reciprocità di debiti e di crediti; ma per

(1) *Consultation* — Dalloz, *Répert.* v. *Compte courant* p. 592. Feitu op. cit. n. 257 pag. 319.

semplice finzione allo scopo di mostrare viemeglio l'inammissibilità della compensazione. In realtà però nel conto corrente neppure si può parlare di crediti e di debiti. Infatti le parti che stipulano un conto corrente, pattuiscono di accreditarsi reciprocamente dei valori che si rimettono a vicenda, salvo a fare un regolamento definitivo sulla massa intera del debito e del credito alla chiusura del conto. Prima adunque che il conto sia chiuso, non può parlarsi nè di debito, nè di credito: *ante redditam rationem nemo creditor vel debitor dici potest* (1); non essendovi nè credito, nè debito non può aver luogo la compensazione. Ed è tanto vero che la compensazione legale, finchè dura il conto corrente, non può operarsi, che taluno ha creduto perfino potersi il conto corrente definire « *una proroga convenzionale della compensazione* » (2). Ammettere la compensazione legale, finchè dura il conto corrente, fra le diverse rimesse di valori, sarebbe lo stesso che distruggere il conto corrente, perchè questo dovrebbe arrestarsi ad ogni versamento, e non potrebbe più chiamarsi conto corrente. D'altronde poichè alla chiusura del conto le obbligazioni derivanti da quelle rimesse si estinguono, fino a concorrenza, per via di compensazione, questa compensazione finale sarebbe impossibile dal momento che si sarebbero operate tante compensazioni parziali prima della chiusura del conto stesso. In somma ammettere la compensazione sarebbe lo stesso che distruggere il conto corrente (3).

Se non che coloro, i quali vorrebbero ammessa la compensazione nel conto corrente pretenderebbero di trincerarsi dietro l'art. 688 del codice di commercio secondo

(1) Casaregis, *De commercio* Disc. 44 n. 28.
(2) Dietz, *Des comptes courants* pag. 124 e 125.
(3) Feitu, op. cit. n. 238 pag. 320 e 321.

il quale: « Può essere rivendicato anche il prezzo o la parte del prezzo delle merci che non fosse stato.... *compensato in conto corrente* tra il fallito ed il compratore. » Da queste parole adoperate dal legislatore nell'art. 688 essi deducono che nel conto corrente si opera la compensazione. Ma questi scrittori non riflettono che il codice di commercio, parlando di compensazione, non intende di riferirsi ad una compensazione anteriore alla chiusura del conto corrente, ma invece a quella che deve operarsi dopo la chiusura di esso. Questa osservazione distrugge tutto l'edificio innalzato dai partigiani dell'opinione contraria e mostra una volta di più l'inammissibilità della compensazione fra le diverse partite del conto corrente prima della sua chiusura. È questa del resto un'opinione approvata dalla maggior parte degli scrittori (1), sancita da antichi (2) e recenti giudicati (3).

97. Possono riguardarsi come liquidi i crediti rispetto ai quali sia possibile una *facile liquidazione?* In altri termini perchè possa aver luogo la compensazione è necessaria una liquidità assoluta, ovvero basta la semplice *liquidabilità?* Gli antichi scrittori in generale avevano ritenuto potersi compensare un credito illiquido purchè, *facile sui liquidationem praestare valeat,* perchè, secondo

(1) In questo senso Demangeat su Bravard, *Traité de droit comm.* tom. II, pag. 443 — Massè, *Le droit commercial* tom. IV n. 2275 pag. 175 — Desiardins, *Compensation* pag. 391 — Larombiére, op. cit. tom. II pag, 366 sull'art. 1291 n. 19. — In senso contrario *Encyclopedie du droit* v. *Compte courant* n.n. 35-41 — Alauzet, *Comm.* n. 633

(2) Rota Genuensis Decis 213 n. 1.

(3) Corte di Caen 15 marzo 1837 (*Journ. du Palais* 49, 1, 129) Cassazione francese 11 decembre 1848 *(Sirey*, 49, 1, 115) e 17 gennaio 1849 (*Sirey*, 49, 1, 229) e 29 luglio 1868 *Sirey*, 1869, 1, 36); Lione 8 maggio 1868 (*Le droit* del 18 ottobre 1868) e cass. franc. 18 decembre 1871 (*Journ. du Palais* 72 pag. 535).

loro, *debitum illiquidum de facili liquidandum induit eamdem naturam debiti liquidi; et tam dicatur liquidum quod* ex se *liquidum est, quam quod* statim *probari potest* » (1). Gravi quindi erano le controversie per determinare quanto tempo dovesse accordarsi al debitore per render liquido il suo credito. Quando nel Consiglio di Stato francese venne discusso il Codice Napoleone, Maleville propose che la compensazione venisse estesa ai crediti facilmente liquidabili e per appoggiare la sua proposta citava come esempio il caso in cui uno prestasse cento franchi ad un operaio che gli ha somministrato cose del proprio mestiere. Ma Bigot-Prèameneu osservava in contrario che, sebbene questa proposta fosse conforme ai costumi dei paesi *de droit ècrit*, tuttavia poteva difficilmente conciliarsi col principio secondo il quale la compensazione si opera *ipso jure* anche all'insaputa dei debitori; che del resto non potrebbe ammettersi che per quel piccolo numero di casi in cui la stima può farsi secondo le mercuriali. Dietro queste osservazioni venne quindi respinta la proposta di ammettere la compensazione anche quando si tratti di crediti facilmente liquidabili ed a tal punto che non si volle neppure accettare l'altra proposta di Treilhard, il quale, ad evitare la moltiplicazione delle liti, aveva domandato che al debitore si accordasse almeno una dilazione per il pagamento, quando il suo credito fosse di facile liquidazione, perchè avesse in tal modo tempo di farlo liquidare e di compiere la compensazione (1).

98. Queste risoluzioni hanno dato luogo a severe cri-

(1) Bersano, *De compensationibus* Cap. II quaest 2 n. 5 e 6 — Carocci, *Ds exceptionibus*. Exc 27 n. 9 — Calvino, *De aequitate* Lib. I cap. 7 n. 7 — Grassi, *De exceptionibus* Exc. 16 n. 56 ed altri molti.

(2) Fenet, *Travaux prèparatoires* tom. XIII pag. 88 e segg.

tiche contro il Codice Napoleone. Si è detto che esso è caduto in contradizione richiedendo per la compensazione l'assoluta liquidità dei crediti; se la compensazione opera *ipso jure*, basta che si verifichi se i due debiti hanno contemporaneamente esistito; non occorre quindi che siano anche liquidi. La compensazione *ipso jure* deriva dal fatto che due persone sono reciprocamente debitrici l'una dell'altra. Ora, sebbene il credito di una di esse non sia liquidato, non per questo può dirsi che esso non esista; la mancanza di liquidità non ne sospende l'esistenza, come accade a causa di una condizione o di un termine; esso può estinguersi a causa di prescrizione, gl'interessi decorrono sempre; s'ignora soltanto qual'è il suo ammontare nel momento in cui i due crediti coesistono, ma questo si conoscerà in seguito (1). La circostanza che un diritto non può provarsi immediatamente non può fare che, quando sia provato, non produca i suoi effetti giuridici; quindi la liquidità secondo i principii generali non dovrebbe esercitare che un'influenza meramente *processuale* sugli effetti della compensazione, vale a dire che nel caso di un credito illiquido la compensazione non deve influire sulla decisione della causa principale, ma può opporsi in separata sede di giudizio, restando così inalterato il diritto materiale di compensazione, retrotraendosi l'effetto di essa al giorno in cui il credito illiquido e posteriormente liquidato era divenuto esigibile. A questo proposito scrive Dernburg: « È incontestabile che per ragioni intrinseche almeno nel caso di *illiquidità* meramente *processuale* non possono togliersi al debitore i diritti materiali di compensazione. La circostanza eventuale che i mezzi di prova

(1) Vedi Desjardins, op. cit. pag. 394 e segg. in cui fa menzione di queste critiche.

per l'esistenza del controcredito non sono pronti non può razionalmente scemare la condizione giuridica del debitore; l'attore non può colla sua impugnativa, forse dolosa, del controcredito procurarsi importanti vantaggi a danno del convenuto . . . . Secondo il diritto positivo si può domandare soltanto se la illiquidità escluda assolutamente la compensazione, ovvero soltanto il farla valere nel giudizio principale. Noi ci decidiamo per quest'ultima alternativa. Anzitutto questo persuadono i principii generali che vogliono limitata l'influenza della illiquidità; poichè non abbiamo alcun diritto di supporre una legislazione arbitraria che appoggi il caso o il cavillo dell'attore. È notevole inoltre che Giustiniano vuole ovviare soltanto ad *inconvenienti processuali*, al ritardo della decisione a causa di eccezioni di compensazione forse cavillose; questo scopo però si raggiunge sufficientemente, se noi consideriamo la illiquidità soltanto come un ostacolo per far valere processualmente la compensazione » (1).

99. Nondimeno poichè il Codice civile italiano, come il francese, ha voluto attribuire alla liquidità effetto così importante che, ove manchi, debba cessare in modo assoluto la compensazione, è chiaro che non si può ammettere, sotto il suo impero, la compensazione dei crediti la cui liquidazione possa operarsi facilmente. « Poichè è necessaria una liquidazione, avverte Laurent, che essa sia facile o no, il credito non è liquido, esso non lo sarà che dopo la liquidazione; fino a questo momento la compensazione legale è inconcepibile. Infatti, compensare è pagare; ora si concepisce che il debitore paghi senza cono-

(1) Op. cit. § 67 pag. 567 segg. — VOET, *Comm. ad Pandectas* tit. *De comp.* § 19 — WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* vol. II pag. 285 nota 12 — HASSE. *Archiv für Civilistische Praxis* vol. VII pag. 201 e segg.

scere l'ammontare del suo debito? La compensazione legale è impossibile, essa non può essere che giudiziaria, vale a dire che essa non esisterà che allorquando il magistrato avrà deciso qual sia l'ammontare del credito » (1). Veramente queste ragioni che adduce Laurent per escludere la compensazione nel caso di pronta liquidabilità non mi paiono soddisfacenti. In niun caso mai, come si è già dimostrato di sopra, la legge equipara in modo assoluto la compensazione al pagamento, come pretenderebbe l'illustre giureconsulto belga. La vera ragione di tale esclusione si è che il legislatore, come risulta dai lavori preparatorii del codice francese, che il nostro ha seguito letteralmente, ha respinto in modo assoluto la proposta di ammettere la compensazione nel caso di crediti anche *prontamente* liquidabili. Bene o male che abbia fatto il legislatore, è un fatto che esso ha disposto in questo modo. Il concetto di *liquidità* è abbastanza chiaro, perchè non lo si debba confondere coll'altro di pronta *liquidabilità*. Il credito o è liquido attualmente ed in tal caso la compensazione è ammissibile; o non lo è e la compensazione non può ammettersi senza violare lo spirito e la lettera espressa della legge.

100. Per questo non mi sembra potersi approvare l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza francese a questo proposito, la quale, contorcendo il testo del Codice, ammette la compensazione dei crediti facilmente liquidabili. Così la Cassazione francese decise doversi ammettere la compensazione legale nel caso di un credito la cui esistenza non sia impugnata, la cui liquidazione non soffre altro ritardo che quello di un regolamento da farsi da un giurì di me-

(1) *Principes de droit civil* tom. XVIII n. 404 pag. 421 e 422.

dici (1). La stessa massima venne adottata dalle Corti francesi in molte altre occasioni. (2)

La giurisprudenza italiana a vero dire è su questo punto ancora oscillante. Imperocchè mentre alcune Corti hanno ammesso che malgrado il principio che *liquida cum illiquidis non compensantur*, sia però lecito al magistrato discostarsi dal rigore di questo principio, quando il credito illiquido possa liquidarsi mediante un pronto e facile processo; (3) altre al contrario hanno deciso non potersi far luogo a compensazione legale tra un credito liquido ed esigibile ed un credito sebbene prontamente liquidabile (4). Malgrado questa oscillazione della giurisprudenza italiana, in essa si riscontra però una marcata tendenza a seguire l'indirizzo della giurisprudenza francese e ad ammettere la compensazione legale nel caso di crediti prontamente liquidabili. Per quante ragioni si possano addurre dal punto di vista razionale a giustificazione della dottrina prevalente nella giurisprudenza, non mi pare però che dal punto di vista della legislazione positiva essa possa reggersi. Il concetto che ha guidato il legislatore nel dettare l'art. 1287 del codice civile risulta in modo abbastanza chiaro, perchè si possa far ritorno ad antiche tradizioni che la novella legislazione ha distrutto.

(1) Cassazione francese 3 febbraio 1819 (Dalloz, *Répert.* v. *Obbligations* n. 2646. 3.)

(2) Esse sono riferite da Laurent, *Principes* n. 405 pag. 422 e segg. e da Desjardins, *Compensation* pag. 392 nota 4.

(3) Corte di cassazione di Torino 6 giugno 1873 Debenedetti (*Legge*, XIII, I, 1014;) Cassazione di Napoli 6 febbraio 1868 Alimenti (Bettini, XX, 1, 150;) C. A di Bologna 13 febbraio 1873 Provincia di Ferrara contro Negrini (*Rivista* di Bologna II. 30;) C. A di Modena 26 febbraio 1875 (*Annali della giurisprudenza italiana* X, 2, 45.)

(4) In questo senso C. di A. di Casale 20 marzo 1867 Peloto contro Ragazzo (*Giurisprudenza* di Torino IV, 407).

Questi sforzi della giurisprudenza diretti a violentare il testo espresso della legge possono valere come un argomento di più per dimostrare che si è fatto molto male ad accettare senza benefizio d'inventario legislazioni straniere ed applicarle di sana pianta al nostro paese quando avevamo in casa nostra immensi materiali per formare una legislazione prettamente nazionale, ma non possono davvero trovare una giustificazione nell'errore del legislatore: *dura lex sed semper lex*.

Neppure so comprendere la compiacenza che mostra Dernburg per queste deviazioni della giurisprudenza francese dal testo della legge (1). Che egli dal punto di vista razionale sostenga che la liquidità non possa considerarsi come una condizione assoluta della compensazione legale, sta bene. Ma non è giusto che egli approvi questi errori della giurisprudenza quando si parte dal punto di vista della legge positiva. Cade poi in gravissimo errore lo scrittore alemanno quando scrive che nella giurisprudenza francese « si comincia nei contratti bilaterali, specialmente nel contratto di locazione, a prescindere completamente dal requisito della liquidità, considerandosi in questo caso come debito soltanto ciò che rimane come saldo dopo la compensazione del controcredito *ex eadem causa* ».

Si è veramente sostenuto da Lair (2) che la giurisprudenza francese ha introdotto un'eccezione alla regola della liquidità in materia di compensazione; ma quest'opinione è assolutamente infondata. La Cassazione francese ha deciso, è vero, che il magistrato può ordinare la sospensione del pagamento delle pigioni quando il con-

(1) Op. cit. § 68 p. 579.

(2) *De la compensation et des demandes reconventionnelles* pag. 220.

duttore da parte sua reclama un'indennità per difetto di godimento derivante da colpa del proprietario, sebbene questa indennità non fosse liquida (1). Ma tanto Lair, quanto Dernburg, che ha seguito ciecamente la sua opinione, non si sono avveduti che nella specie decisa dalla Cassazione non si trattava affatto della compensazione legale malgrado la mancanza di liquidità di uno dei due crediti. La Cassazione ha deciso così in base ai principii che regolano i contratti sinallagmatici rispetto ai quali ciascuno dei contraenti può valersi dell'*exceptio non adimpleti contractus* quante volte la controparte sia inadempiente (2).

---

(1) Cass. francese 29 novembre 1832. Nello stesso senso Corte di Dijon 28 decembre 1857.

(2) Desjardins, *Compensation* p. 396 e segg.

ART. II.

Casi nei quali la compensazione legale non ha luogo.

SOMMARIO.

101. Si spiega il significato dell'art. 1289 del codice civile e si confuta l'interpretazione di Larombière. — Un credito dipendente da causa falsa od illecita non può venire in compensazione. — Eccettuato il caso della restituzione di ciò che venne pagato in dipendenza della obbligazione illecita.

102. Eccezioni arrecate dalla legge al principio stabilito dall'art. 1289 del codice civile. — Si accenna alla duplice categoria di casi in cui la compensazione legale non può verificarsi.

101. L'art. 1289 del codice civile dichiara che la compensazione ha luogo, qualunque siano le cause dell'uno o dell'altro debito. Larombière spiega questa disposizione dicendo che, siccome la causa delle obbligazioni non è altro che l'elemento morale di esse, non può essere di alcuna considerazione nell'apprezzamento del fatto materiale di pagamento, del quale la compensazione è l'equivalente fittizio (1). Eppure non è questo che ha voluto dire il legislatore. È noto che per *causa* delle obbligazioni non s'intende giuridicamente lo scopo psicologico animatore del contratto, il *cur contraxit,* ma bensì *il motivo giuridico per cui taluno si obbliga contrattando;* essa quindi si distingue dal motivo di fatto che può avere indotto le parti a stipulare il contratto (2). Ora la causa delle obbligazioni intesa in questo senso può mancare, esser

(1) *Thèorie des obligations* tom. II p. 377 sull'art. 1293 n. 1.
(2) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* vol. III n. 439 p. 506.

falsa od illecita; in tutti questi casi il contratto è nullo in modo assoluto e si considera come *inesistente* (1). Ond'è che se fosse esatto ciò che Larombière asserisce, cioè che la legge non ha riguardo alle cause dei crediti perchè esse costituiscono l'elemento morale delle obbligazioni del quale non può tenersi alcun conto nell' apprezzamento del fatto materiale del pagamento o della compensazione, che è il suo surrogato, la legge sarebbe caduta in una flagrante contradizione, perchè avrebbe in materia di compensazione attribuito efficacia giuridica ad obbligazioni aventi una causa falsa od illecita che essa dichiara prive di ogni efficacia giuridica. Ben diversa pertanto dev'essere stata l'intenzione del legislatore nel dichiarare che la compensazione ha luogo qualunque sia la causa dei crediti. Certo che esso non ha voluto dire che quando si tratta di un credito dipendente da causa falsa od illecita esso può venire in compensazione purchè liquido ed esigibile; perchè tal credito sarebbe assolutamente nullo e come tale non potrebbe spiegare efficacia giuridica di sorta; quindi non potrebbe aver forza di estinguere il credito al quale si contrappone, come non potrebbe utilmente domandarsene il pagamento. Vero è che ciò che fu pagato in virtù di un'obbligazione dipendente da causa illecita deve essere restituito ed in tal modo può farsi luogo alla compensazione. Ma, lo si noti bene, con questo non s'intende mica di attribuire un effetto giuridico all'obbligazione inesistente, perchè questa non può giammai venir convalidata, secondo il notissimo principio *quod nullum est nullum producit effectum*; coll'ammettere in questo caso la compensazione si compie una giusta riparazione

(1) Cod. civ. art. 1119.

al fatto illecito, in quanto col compensare si restituisce ciò che venne ingiustamente pagato. (1)

Che cosa adunque ha voluto il legislatore intendere con quelle parole? Questo per fermo che qualunque sia la figura giuridica dell'obbligazione, sia essa una vendita o una locazione, un mutuo o un mandato dal quale derivano i crediti, che si contrappongono, la legge non ha alcun riguardo alla causa del credito. Ciò risulta ancor più chiaro dal tenore complessivo dell'art. 1289 in cui si enumerano le eccezioni alla regola generale.

102. Quella disposizione stabilisce come regola che la compensazione può aver luogo fra i crediti di ogni specie, purchè, s'intende, riuniscano le condizioni dalla legge determinate, nello stesso tempo però accenna ad alcune eccezioni nelle quali la compensazione non può aver luogo. Infatti talora la compensazione legale è vietata nell'interesse dei terzi, i cui diritti sarebbero violati qualora essa si ammettesse; talora la compensazione non ha luogo sia per la natura intrinseca dei crediti, rispetto ai quali la legge per gravi ragioni di equità ha creduto opportuno di usare uno speciale trattamento di favore, sia perchè una delle parti ha preventivamente rinunciato al diritto di compensare. Ciò premesso noi dobbiamo esaminare questi diversi casi in cui la compensazione legale non può verificarsi, distinguendoli in due categorie 1. di quelli in cui la compensazione non ha luogo nell'interesse dei terzi; 2. di quelli in cui non si verifica per lo speciale favore accordato a certi crediti o per causa di preventiva rinunzia.

(1) Laurent, *Principes* tom. XXIII n. 438 pag. 453.

§. I

CASI IN CUI LA COMPENSAZIONE LEGALE NON È AMMESSA A GARANZIA DEI DIRITTI DEI TERZI.

SOMMARIO.

103. Cenni generali.

104. Il *fallimento* è un ostacolo alla compensazione — Ragioni per cui la compensazione è inammissibile — Si confuta l'opinione di Dernburg.

105. Qual sia il momento dopo il quale la compensazione è inammissibile a causa del fallimento — Si spiega il significato dell'art. 555 del codice di commercio. —

106. Se nel caso di *conto corrente* cessi il divieto di compensare, malgrado il fallimento e se sia questo un caso di limitazione. — Si confuta l'opinione di Desjardins. — Effetti dell'*accreditamento* in conto corrente. — Risoluzione della questione.

107. Limitazioni al divieto di compensare a causa del fallimento. — La compensazione fra i crediti del fallito e quelli dei suoi creditori è ammessa fino a concorrenza delle quote proporzionali attribuite a questi ultimi dalle ripartizioni ordinate dal giudice delegato? — Lo è anche fra i dividendi stabiliti per concordato a favore dei creditori ed i crediti del fallito concordatario? — Se la compensazione sia vietata a causa dell'*unione*. — *Quid* nel caso di semplice *insolvenza*.

108. La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede è un ostacolo alla compensazione legale — Ragioni per cui in questo caso la compensazione è inammissibile.

109. Anche il *sequestro* operato presso il debitore, che è divenuto creditore dopo di esso. è un ostacolo alla compensazione — Distinzioni da osservarsi a questo proposito — *Quid* nel caso di annullamento o di revoca del sequestro — Analoga decisione nel caso di *pegno*.

103. Vi hanno dei casi nei quali, ove si ammettesse la compensazione, rimarrebbero violati i diritti dei terzi i quali, a causa della estinzione del credito risultante dalla compensazione, si vedrebbero venir meno l'oggetto

della propria garanzia. Ad ovviare a questa ingiustizia la legge dichiara inammissibile la compensazione in quei casi appunto in cui per effetto della compensazione i terzi potrebbero risentire un pregiudizio. A tale effetto l'art. 1294 del Codice civile stabilisce come regola generale che: « la compensazione non ha luogo in pregiudizio dei diritti acquistati da un terzo. » Non tutti i casi però, in cui la compensazione si opererebbe a pregiudizio dei terzi, sono enumerati dalla legge, essa si limita ad applicare il principio generale al caso speciale del sequestro. Ma poichè: *non possunt omnes articuli* singillatim *aut legibus aut senatusconsultis comprehendi* (1), stabilito una volta il principio generale si dovrà applicare a tutti gli altri casi in cui si incontra la medesima ragione di decidere (2).

104. Il primo caso da esaminare è quello della compensazione in materia di *fallimento*, rispetto al quale si verifica appunto l'applicazione del principio stabilito dall'art. 1294 del codice civile per cui la compensazione non ha luogo in pregiudizio dei diritti acquistati da un terzo. Il *fallimento* del debitore è di regola un impedimento alla compensazione: *in casu debitoris decocti, in praejudicium creditorum compensatio nunquam admittitur* (3). Il fallimento però non è di ostacolo alla compensazione, perchè, come erroneamente fu ritenuto (4), per esso cessa la reciprocità dei debiti, in quanto si pretende che la proprietà dell'attivo sia trasferita nella massa dei creditori, mentre le passività rimangono sempre a carico del debitore fallito. Questa dottrina insegnata da Dern-

(1) L. 12 Dig. *De legibus.*

(2) L. 13 Dig. *De legibus.*

(3) Casaregis, *De commercio* Disc. 21, n. 21 e Disc. 74, numeri 23 e 24; Disc. 155, n. 37.

(4) Questo insegna Dernburg, op. cit. § 51 pag. 429.

burg parte dal falso supposto che il fallito sia privato, per effetto della sentenza dichiarativa del fallimento, della proprietà dei suoi beni, quando in realtà, come chiaramente emerge dall'art. 551 del codice di commercio, la sentenza dichiarativa di fallimento priva il fallito soltanto dell'*amministrazione* dei suoi beni. La vera ragione per cui in materia di fallimento la compensazione è inammissibile fu saviamente indicata dalla Suprema Corte di Torino. Essa sentenziò che siccome il fallimento di un debitore stabilisce irrevocabilmente i diritti dei suoi creditori, dal giorno del fallimento non possono ammettersi compensazioni a pregiudizio della massa, se non per crediti e debiti certi, liquidi e scaduti prima del fallimento, altrimenti i debiti debbono integralmente soddisfarsi, non avendosi per il rimborso dei crediti che il diritto di partecipare alle ripartizioni in concorso cogli altri creditori (1). Lo scopo del fallimento si è quello di parificare la condizione di tutti i creditori semplicemente chirografari, di stabilire fra essi una eguaglianza di diritti sui beni del comune debitore. È per questo che la sentenza dichiarativa del fallimento priva il fallito dell'amministrazione dei suoi beni, affinchè questa eguaglianza non sia violata; e lo sarebbe certamente qualora il fallito, pagando o compensando, potesse sottrarre ai suoi creditori una parte di quel'attivo che forma la comune garanzia dei creditori. « *Debitores decocti non possunt propria debita cum propriis creditis erga decoctum compensare* in praejudicium *tertii, sed solutis prius eorum debitis, pro eorum cre-*

(1) C. C. di Torino, 6 settembre 1667 Gottardo contro Finanze (*Legge* VII, 1, 1159) — Nello stesso senso C. A. di Milano, 15 giugno 1867 Regondi contro Fallita Cassa prestiti e risparmi (Bettini, XIX, 2, 331).

ditis teneantur postmodum actionem promovere in judicio concursus ad effectum obtinendi graduationem » (1).

105. Qual'è il momento dopo il quale la compensazione è inammissibile fra i debiti ed i crediti del fallito? Poichè l'atto che fissa in modo irrevocabile i diritti dei creditori è la sentenza dichiarativa del fallimento, sembra chiaro che il divieto di compensare deve cominciare dalla data di questa sentenza. Nè si dica che il divieto di compensare si estende anche ai crediti nati nei dieci giorni anteriori alla cessazione dei pagamenti perchè l'art. 555 del codice di commercio dichiara nulli i pagamenti anche di debiti scaduti che non sono fatti in denaro od in effetti di commercio, tanto se questi pagamenti siano stati eseguiti dal debitore fallito dopo il tempo determinato dal tribunale riguardo alla cessazione dei pagamenti, quanto se siano stati effettuati nei dieci giorni precedenti (2). Imperocchè l'art. 555 così disponendo non ha potuto voler vietare la compensazione legale, la quale si opera di pien diritto e per sola autorità della legge; esso ha voluto vietare soltanto la compensazione facoltativa fra due debiti, che non essendo ancora scaduti non sarebbero peranco esigibili, e neppur sarebbero liquidi di guisa che e vi sarebbe timore di frode nell'equivalenza che fra loro si stabilisce, e vi sarebbe rinunzia al benefizio del termine; si creerebbe insomma una posizione privilegiata a favore di uno dei creditori a danno degli altri. Ciò risulta in modo ancora più chiaro se si consideri che quella disposizione riconosce la validità dei pagamenti di debiti scaduti fatti in denaro od in effetti di commercio; la legge sarebbe caduta in contradizione se, permettendo tali paga-

(1) Casaregis, Disc. 74 n. 23 e 24.

(2) Questo insegnano erroneamente fra gli altri Dernburg op. cit. § 51 p. 43 le 432 e Desjardins, *Compensation* p. 421 e 422.

menti, avesse voluto nello stesso tempo vietare la compensazione legale. Come essa ha ammesso la validità di quei pagamenti perchè non creano una posizione privilegiata a vantaggio di quello a favore del quale sono fatti in confronto degli altri creditori, così non ha potuto impedire l'effettuarsi della compensazione legale che produce l'effetto stesso di quei pagamenti (1). La regola dunque è che il divieto di compensare comincia dopo la data della cessazione dei pagamenti fissata dalla sentenza dichiarativa del fallimento. Deve però notarsi che dopo la sentenza dichiarativa la compensazione legale non può più avverarsi, sebbene questa dichiarazione renda esigibili verso il fallito i debiti non iscaduti (2); imperocchè come fu già osservato quando si trattò della condizione dell'esigibilità, sebbene il fallimento renda esigibili i debiti non ancora scaduti, la dichiarazione di fallimento vieta nello stesso tempo al fallito di effettuare pagamenti a favore di uno dei creditori ed a pregiudizio della massa; essendogli dunque vietato di pagare, non gli è permesso di compensare (3).

106. Ritengono taluni scrittori che il divieto di compensare in materia di fallimento dopo la sentenza dichiarativa soffra un' eccezione nel caso di *conto corrente*. « I crediti rispettivi che risultano dai conti correnti, scrive Desjardins, non divengono liquidi che nel momento in cui essi sono regolati; a stretto diritto, la compensazione non può operarsi anteriormente. Ma se uno dei commercianti

(1) Larombière, *Obligations* tom. II p. 395 e 396 sull'art. 1298 n. 6. — Toullier, tom. VII n. 381.

(2) Cod. di commercio art. 553.

(3) Aubry e Rau tom. IV § 326 nota 15 p. 228. — Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 413. — Cassazione francese 14 marzo 1854 (Dalloz. 1854. 1. 132).

che sono in relazione cade in istato di fallimento, l'altra parte non avrà più diritto che ad un dividendo sopra tutto ciò che era portato a suo credito, mentre essa sarà costretta a pagare per intero ciò che è scritto a suo debito. É sembrato giusto e necessario di derogare al diritto comune per i conti correnti » (1). Ciò che dice Desjardins in sostanza è vero nel senso che il corrispondente non può essere costretto a pagare per intero ciò che nel conto corrente è scritto a suo debito. Ma non è egualmente esatto che in questo caso vi abbia un'eccezione ai principii della compensazione in materia di fallimento. Nel trattare della liquidità dei crediti come condizione necessaria per la compensazione legale, abbiamo già notato che fino alla chiusura del conto non può esservi compensazione fra le diverse partite da cui risulta un conto corrente. Ogni rimessa di valori in conto corrente, sebbene trasferisca la proprietà nel ricevente, non diviene una partita definitiva di credito; ciò risulta dalla stessa destinazione delle rimesse di valori in quanto debbono essere semplicemente *accreditate*. Quindi fino a che non sia avvenuta la chiusura del conto corrente pende ancora incerto il risultato finale del medesimo. È quindi impossibile la compensazione. « In un conto corrente, scrive Massè, ogni partita di credito è correlativa ad una partita di debito, e reciprocamente, poichè quegli che fa una rimessa di cento, è accreditato di cento, e quegli che la riceve è addebitato della stessa somma, e, lungi dall'esser tutto terminato fra le parti per la redazione della scrittura che enuncia la causa del debito e del credito reciproci, i contraenti non divengono definitivamente debitori o creditori che per la chiusura del conto finale che

(1) *De la Compensation* p. 423.

ne stabilisce il bilancio a favore dell'uno o dell'altro..... Uno a carico del quale si *addebita* non è debitore; uno a favore del quale si *accredita* non è creditore, essi possono divenirlo; ma la loro posizione è subordinata al risultato definitivo del conto, alla compensazione che si opera in fin di conto fra il debito ed il credito » (1). In altri termini l'*accreditamento* in conto corrente non può creare in modo irrevocabile una partita di credito per colui che rimette il valore, è un accreditamento *condizionale*, come lo chiama Pardessus (2), che non ha nulla di definitivo. Ciò risulta dalla natura stessa del conto corrente, il quale non è una successione di operazioni isolate ed indipendenti le une dalle altre, ma un complesso di operazioni che si confondono in una stessa massa per esser definitivamente regolate alla chiusura del conto stesso. Ora se il fallimento produce *ipso iure* la chiusura del conto corrente, esso però non può rendere definitive le partite condizionali, non può obbligare uno dei corrispondenti a pagare debiti che già si estinsero mediante la novazione che la rimessa in conto corrente produce. Qui non si tratta di compensazione, perchè mancano gli elementi essenziali della medesima.

107. Il divieto di compensare stabilito a vantaggio della massa dei creditori di un fallimento non è illimitato. Poichè esso mira allo scopo di non turbare quella eguaglianza che la legge vuole mantenuta fra tutti i creditori, eguaglianza che svanirebbe senza dubbio qualora si ammettesse la compensazione a vantaggio di uno ed a pregiudizio di tutti gli altri creditori, è evidente che quante volte la compensazione non possa arrecar pregiudizio ai

(1) *Le droit commercial* tom. IV n. 2307 p. 208.
(2) *Cours de droit commercial* tom. II, n. 476.

diritti dei creditori del fallito, quante volte rimanga inalterata quella eguaglianza di posizione, la compensazione non può venire esclusa. Epperò niuno potrebbe vietare ad un creditore del fallito di compensare i proprii debiti col credito che egli ha verso di lui in quella misura proporzionale che fu stabilita mediante le ripartizioni ordinate dal giudice delegato. In questo caso egli, coll'opporre la compensazione, non sottrae alcun valore dall'attivo del fallimento a pregiudizio degli altri creditori, essendochè non invoca la compensazione che su quella parte di credito che gli venne assegnata in concorso cogli altri creditori.

Parimente è ammissibile la compensazione fra i dividendi che il fallito si è obbligato a pagare ai suoi creditori mediante concordato debitamente omologato ed i crediti che il fallito concordatario ha verso i suoi creditori. Imperocchè il concordato ha per effetto di restituire al fallito l'amministrazione dei beni, di cui era stato privato mediante la sentenza dichiarativa di fallimento, e di fargli acquistare la capacità giuridica di contrattare e di obbligarsi. Deve soltanto notarsi che in questo caso la compensazione fra i dividendi stipulati per concordato ed i debiti dei creditori verso il fallito non può operarsi che dal momento in cui i dividendi divengono esigibili; quindi la compensazione non potrebbe avere effetto retroattivo al giorno della scadenza originaria dei debiti che vennero ridotti dal concordato e pel cui pagamento vennero al fallito accordate dilazioni nel concordato stesso (1). Del resto occorre appena notare che i creditori del fallito concordatario non possono opporre al medesimo la compensazione dell'intero loro credito, ma soltanto di quella parte che

(1) Massé, op. cit. tom. IV n. 2268 e 2315.

venne stabilita per concordato. Se così non fosse il concordato sarebbe assolutamente illusorio.

Se però non abbia avuto luogo un concordato, o questo sia stato annullato o rescisso per qualsivoglia cagione e sia subentrato quello stadio speciale della procedura di fallimento, che prende il nome di *unione*, siccome in questo caso i creditori anteriori al concordato rientrano nell'integrità dei loro diritti (1), è fuori di dubbio che essi possono opporre al fallito la compensazione dei loro crediti.

Da ultimo vogliamo osservare che le norme riguardanti la compensazione nel caso di fallimento non possono applicarsi al caso d'*insolvenza;* perchè lo stato d'insolvenza non priva il debitore dell'amministrazione dei suoi beni, come accade nello stato di fallimento; restano quindi inalterati i principii che regolano la compensazione nei casi ordinarii.

108. Ora dobbiamo esaminare un'altra applicazione del principio stabilito dell'art. 1294 del codice civile secondo il quale non ha luogo la compensazione in pregiudizio dei diritti acquistati da un terzo. È questo il caso della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. Di esso parleremo brevemente, essendosene già trattato in ordine alla reciprocità dei crediti (2). È noto che la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede è un beneficio accordato dalla legge ai creditori di una successione ed ai legatari, che ha per effetto di impedire la confusione giuridica dei due patrimoni per evitare il danno che da questa confusione loro potrebbe derivare (3). Questo effetto poi di impedire la confusione

(1) Cod. di comm. art. 641 e 654.
(2) V. sopra n. 45 pag. 90.
(3) Cod. civ. art. 2055 cong. art. 1032.

dei due patrimonii risulta anche dall'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, di guisa che i crediti e le ragioni dell'erede verso l'eredità e reciprocamente non si estinguono (1). Quando adunque vi sia questa separazione di patrimonii è chiaro che è inammissibile la compensazione fra i crediti dell'eredità e quelli personali all'erede, perchè le due personalità rimangono assolutamente distinte, di guisa che l'erede beneficiario conserva intatti i suoi diritti verso l'eredità quasi fosse un creditore estraneo e si presenta come se non fosse erede nei rapporti cogli altri creditori dell'eredità. La stessa decisione vale nel caso di separazione di patrimonii domandata dai creditori o dai legatari; in questo caso i beni ereditarii servono ad esclusiva guarentigia dei diritti dei creditori ereditarii e la compensazione avverrebbe a loro pregiudizio.

109. Una speciale applicazione del principio che la compensazione non ha luogo in pregiudizio dei diritti acquistati da un terzo è fatta espressamente dall'art. 1294 del codice civile al caso del *sequestro*. Se un debitore, presso il quale fu sequestrato il credito a favore di un terzo, diviene creditore potrà opporre la compensazione a pregiudizio del sequestrante? A risolvere questa questione occorre fare una distinzione. O il debitore, presso il quale fu operato il sequestro, era già divenuto creditore *prima* che il sequestro si facesse, ed in tal caso è necessaria una suddistinzione. Se il credito opposto in compensazione era fornito di tutte le condizioni necessarie per la compensabilità *prima* che avvenisse il sequestro, la compensazione è ammissibile, perchè, operandosi la compensazione *ipso iure*, esso era già estinto in virtù della legge ed il

(1) Cod. civ. art. 968.

sequestro cadde sopra un credito inesistente; ed inoltre perchè la condizione di questo debitore non può venir danneggiata a causa di avvenimenti derivanti dal fatto del suo creditore. Se invece il credito, quantunque nato anteriormente al sequestro, non divenne compensabile che dopo il sequestro, la compensazione non è ammissibile, come non lo è nel caso che il debitore, presso il quale il credito venne sequestrato, sia divenuto creditore *dopo* il sequestro. É questo appunto il caso contemplato dall'articolo 1294 del codice civile, il quale dispone: « Quegli che essendo debitore, divenne creditore *dopo* il sequestro fatto presso di sè a favore di un terzo, non può opporre la compensazione a pregiudizio di chi ottenne il sequestro. » La ragione di questa disposizione è enunciata dallo stesso legislatore, perchè cioè *la compensazione non ha luogo a pregiudizio di un diritto acquistato da un terzo.* Ora il sequestro, avendo per effetto di arrestare il pagamento del credito, conferisce al creditore sequestrante un diritto che non può essergli tolto mediante la compensazione. Non potendo infatti il debitore, presso il quale fu fatto il sequestro, effettuare il pagamento del suo credito, gli è anche vietato di opporre la compensazione, altrimenti in questo modo il sequestro riuscirebbe illusorio. D'altra parte sebbene il debitore, presso il quale fu fatto il sequestro, rimanga malgrado il sequestro debitore del suo creditore, in quanto il sequestro è un semplice provvedimento conservativo, tuttavia sotto un certo aspetto può dirsi che questo debitore divenga debitore del sequestrante, in quanto, supposto fondato il sequestro, il credito dovrà, dopo la condanna, pagarsi al sequestrante; in certo modo quindi a causa del sequestro sparisce la condizione di reciprocità che è necessaria per la compensazione.

Si comprende però di leggieri che ove il sequestro sia dichiarato nullo, ovvero sia revocato, cessa l'ostacolo alla compensazione, la quale si opera *ipso jure* dal momento in cui il debitore sia divenuto a sua volta creditore del suo creditore.

I principii che valgono pel sequestro si applicano anche nel caso di *pegno* ricorrendo perfetta identità di ragioni.

§ II.

CASI IN CUI LA COMPENSAZIONE LEGALE NON È AMMESSA PER RAGIONI DI EQUITÀ O DI FAVORE E PER RINUNCIA.

SOMMARIO.

110. Enumerazione generale di questi casi in cui la compensazione non è ammessa.

111. Del divieto di compensare nel caso d'*ingiusto spoglio.* — Se il diritto romano classico abbia ammesso un tale divieto. — Diritto giustinianeo. — Si dimostra come sia superflua la disposizione espressa di legge che esclude in questo caso la compensazione a fronte dei principii generali.

112. Dell'inammissibilità della compensazione rispetto ai crediti derivanti da *deposito* o da *comodato.* — Principii delle leggi romane. — Leggi moderne. — Superfluità dell'espresso divieto. — Deposito *irregolare.* — Casi di mutuo sotto forma di deposito.

113. I crediti derivanti da assegni *alimentari* dichiarati non soggetti a sequestro non sono suscettibili di compensazione. — Se ne espongono le ragioni. — Che s'intenda per alimenti dichiarati *non soggetti a sequestro.* — Si risolvono varie questioni in proposito.

114. I crediti dello Stato a causa d'*imposte* non possono venire in compensazione. — Ragione di tale esclusione. — Principii delle leggi romane. — Per tutti gli altri crediti lo Stato è soggetto alle norme del diritto comune. — Purchè il credito ed il debito dello Stato si verifichino nello stesso ramo di amministrazione.

115. Dell'esclusione della compensazione a causa di rinunzia preventiva. — Questioni sorte nel diritto francese. — Della rinunzia reciproca ed unilaterale. — Se possa esser tacita. — Quando cessi il suo effetto. — Se la rinunzia preventiva abbia effetto rispetto ai terzi.

110. Come fu già accennato di sopra (1), sebbene la compensazione legale abbia luogo, qualunque siano le cause dell'uno o dell'altro debito, tuttavia vi hanno dei casi, al-

(1) Vedi n. 102.

cuni dei quali la legge tassativamente contempla, in cui la compensazione non è ammissibile. In questi casi, in cui per eccezione la compensazione legale non può verificarsi, talvolta la compensazione non ha luogo, perchè lo scopo utile di essa deve cedere di fronte alla equità che in certi casi esige la sua esclusione; talvolta perchè la natura speciale dei crediti richiede uno speciale trattamento di favore; talvolta infine perchè la parte vi ha rinunziato.

Il codice civile nell'art. 1289 enumera alcuni di questi casi eccezionali, che sono l'ingiusto spoglio, il deposito ed il comodato, gli alimenti insequestrabili e la rinuncia preventiva alla compensazione. Oltre questi casi vi ha anche quello delle contribuzioni erariali contemplato espressamente dalle leggi finanziarie sulla riscossione delle imposte. Ciascuno di questi casi merita speciale esame.

111. A tutelare l'ordine pubblico dalle turbative cui può essere esposto a causa di azioni arbitrarie sorse il principio: *Spoliatus ante omnia restituendus* (1). Il divieto di compensare nel caso d'ingiusto spoglio è un'applicazione che la legge fa di questo principio quando nel n. 1. dell'art. 1289 dispone che la compensazione non è ammissibile: « quando si tratta della domanda per la restituzione della cosa di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato ». Ond'è che se colui il quale commise l'ingiusto spoglio sia creditore di quello che ebbe a soffrire lo spoglio, egli non potrà, per esimersi dall'obbligo della restituzione, opporgli la compensazione col suo credito; ma dovrà restituire la cosa che ingiustamente si appropriò, salvo a lui di agire in separata sede di giudizio pel pagamento del credito.

Questo principio non fu riconosciuto rispetto alla com-

(1) L. 7. cod. *Ad leg. Iul. de vi publ.*

pensazione all'epoca classica del diritto romano. Così Ulpiano aveva ammesso la compensazione a favore del ladro contro il proprietario della cosa sottratta che avesse agito colla *condictio furtiva* (1). Giustiniano però, riconoscendo l'ingiustizia di una tale compensazione, stabilì che: « *Possessionem alienam* perperam *occupantibus compensatio non datur* » (2). Le legislazioni moderne hanno espressamente confermato questo divieto di compensare nel caso d'ingiusto spoglio con disposizioni speciali (3). Non sarebbe però stato necessario che la legge avesse sanzionato questo divieto di compensare nel caso d'ingiusto spoglio con una disposizione speciale. Esso è una conseguenza necessaria delle condizioni che l'art. 1287 del codice civile esige per la compensazione. Secondo questo articolo, perchè la compensazione possa verificarsi, è necessario che i crediti abbiano per oggetto cose della stessa specie, le quali possono nei pagamenti *tener luogo le une delle altre;* ora l'autore dello spoglio ha l'obbligo di restituire quella stessa cosa che ingiustamente si appropriò, il suo debito quindi ha per oggetto una prestazione concreta e determinata. Come si potrebbe dunque in tal caso parlare di compensazione? Potrebbe darsi il caso che le cose sottratte al proprietario siano appunto fungibili per es. del grano; ora parrebbe che in questa ipotesi la compensazione secondo i principii generali dovesse aver luogo qualora non esistesse uno speciale divieto della legge; ma neppure in questo caso la compensazione potrebbe operarsi, perchè il grano sottratto dovrebbe restituirsi in natura trattandosi di causa delittuosa. Il divieto sancito dall'art. 1289 n. 1.

(1) L. 10 § 2 D. *De compensationibus.*

(2) L. 14 Cod. *De compensationibus.*

(3) Cod. Napoleone art. 1289. — Cod. civile Austriaco § 1440. — Cod. civ. italiano art. 1289 n. 1.

non è dunque una eccezione, ma invece una applicazione dei principii generali che regolano la compensazione legale (1).

112. Una delle particolarità del contratto di deposito si è che la cosa depositata deve restituirsi al deponente appena la domanda, sebbene nel contratto si sia fissato un termine per la restituzione (2). Ciò deriva dalla natura stessa del deposito; contratto che si stipula, quando sia *regolare*, nell'esclusivo interesse del deponente non può fargli perdere quei vantaggi che esso avrebbe avuto se la cosa fosse rimasta presso di sè; esso deve far sì che, sebbene il deponente non detenga la cosa, si debba però trovare in tale condizione da poterne approfittare come se la cosa fosse rimasta in propria custodia. Inspirandosi a questi principii il giureconsulto Paolo decideva: « *in causa* depositi *compensationi locus* non *est, sed res ipsa reddenda est* » (3). In seguito Giustiniano disponeva non potersi opporre la compensazione ad un credito risultante da deposito, abbia esso per oggetto la restituzione di una cosa, o una prestazione pecuniaria « *quum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur et contractus qui ex* bona fide *oritur, ad* perfidiam *retrahatur* » (4).

Questo divieto di compensare di fronte ai crediti risultanti da deposito mantenuto dal diritto comune e riconosciuto dalla prassi forense, (5) venne consacrato dal-

(1) Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 445 pag. 460.
(2) Cod. civ. art. 1860.
(3) *Sententiarium* II, 12, 12.
(4) L. 14 Cod. *De compens.* — § 30 Inst. *De actionibus*.
(5) Olea, *De cessione jurium* tit. VI quaest. 2. n. 18; Gratianus, *Discept. forenses* cap. 728 n. 21; Bersano, *De compensationibus* cap. II. quaest. 2. n. 5.

l'art. 1289 n. 2. del codice civile. Ma anche in questo caso non era necessario che il legislatore si fosse preso la cura di dichiararlo espressamente; perchè il divieto sarebbe risultato allo stesso modo dai principii generali della compensazione. Anche qui, siccome le cose depositate sono certe e determinate, perchè il depositario deve restituire l'identica cosa che ha ricevuto, (1) manca l'estremo della omogeneità dei crediti che è essenziale per la compensazione, e ciò sebbene la cosa depositata sia per sua natura di quelle che possono tener luogo nei pagamenti l'una dell'altra (2). L'unico caso in cui il divieto sancito dall'art. 1289 presenta una vera utilità è quello del deposito così detto *irregolare* nel quale il depositario ha facoltà di servirsi delle cose depositate coll'obbligo di restituirle nella stessa quantità e valore (3). Siccome si potrebbe dubitare, per la natura particolare di questa specie di deposito, se i crediti risultanti dal medesimo siano suscettibili di compensazione, è evidente che la dichiarazione espressa con cui la legge esclude la compensazione in questo caso trova una vera applicazione. Non facendosi infatti dalla legge alcuna distinzione fra deposito regolare ed irregolare il divieto deve applicarsi ad ambedue i casi (4).

Bisogna però ben guardarsi dal confondere i casi di deposito irregolare con quei casi in cui le parti sotto forma di deposito intesero di contrarre un mutuo, come accade quando si stabilisce un termine fisso per la restituzione della cosa depositata; in questi ultimi casi cessa il

(1) Cod. civ. art. 1848.

(2) Laurent op. cit. n. 447. Larombière. *Obligations* tom. II pag. 377 sull'art. 1293 n. 3.

(3) Cod. civ. art. 1846 e 1848.

(4) Larombière, Op. e loc. citato. — Dernburg, op. cit. § 60 pag. 514. — Marcadè, op. cit. sull'art. 1293 n. 330.

divieto di compensare, (1) essendochè non è alla forma apparente del contratto che deve aversi riguardo, sibbene alla natura intrinseca e reale del medesimo. Il medesimo deve dirsi del caso in cui sotto forma di deposito le parti abbiano inteso di dare una *cauzione*, perchè in questa ipotesi, sebbene si depositi una somma di denaro, non vi ha un vero deposito, ma piuttosto un pegno irregolare che mira a guarentire colui che lo riceve e non a favorire colui che la fornisce.

Il divieto di compensare esiste anche rispetto ai crediti derivanti da *commodato* per le stesse ragioni per cui è vietato pei crediti risultanti da deposito; anche in questo caso il comodatario deve restituire una cosa certa e determinata; manca quindi il requisito della omogeneità dei crediti ed anche per questo caso è superflua la disposizione della legge (2).

113. Il divieto di compensare è pronunziato espressamente dalla legge anche « quando si tratta di un debito il cui titolo deriva da *alimenti* dichiarati non soggetti a sequestro » (3). Qui siamo in un caso di vera eccezione al principio che la compensazione ha luogo, qualunque sieno le cause dell'uno e dell'altro debito; qui il d vieto del legislatore è veramente utile. La ragione di questa disposizione si trova esposta nei motivi del codice francese (4) dal quale il nostro l'ha tolta di pianta; se il

(1) L. 9 § 9. D. *De rebus creditis.*

(2) Marcadè, op. cit. sull'art. 1293 n. 330. — Contra Toullier VII, n. 363 e Duranton tom. XII n. 448 i quali mettono innanzi delle sottili spiegazioni per mostrare come il comodato qualche volta può aver per oggetto anche cose fungibili; vedi però Laurent (*Principes* XVIII n. 447) il quale confuta siffatte sottigliezze come insignificanti nella pratica.

(3) Cod. civ. art. 1289 n. 3. — L. 3 Cod. *De compensationibus.*

(4) Fenet, *Trav. prép* tom. XIII pag. 213.

debitore di alimenti volesse esonerarsi dall'obbligazione di prestarli, opponendo al creditore di essi la compensazione, produrrebbe lo stesso effetto che il sequestro; eluderebbe la prescrizione della legge che dichiara insequestrabili gli alimenti e si sottrarrebbe a quell'obbligo che la legge in nessun caso vuole rimanga inadempiuto (1). « Quando la somma che mi dovete, scrive Marcadè, non può sequestrarsi fra le vostre mani dai miei creditori, non potrebbe neppure compensarsi con quella che io vi dovrei; dappoichè la compensazione produrrebbe contro di me ed a vostro vantaggio, che sia sequestrata una cosa insequestrabile, che io pagassi per forza una somma che non posso esser costretto a pagare » (2). Trattasi insomma in questo caso di una prestazione che per sua giuridica natura è destinata ad uno *scopo specifico* dal quale non può esser distolta a causa della compensazione (3).

Che cosa s'intende però per alimenti *non soggetti a sequestro*? Qui dobbiamo ricorrere al codice di procedura civile. Nell'art. 930 di questo codice troviamo dichiarato che: « le norme stabilite per il *pignoramento* si applicano al *sequestro* quanto..... alle *cose che possono formarne il soggetto ecc.* ». Ora per ciò che riguarda il pignoramento l'art. 592 del codice di procedura civile dichiara che: « non possono esser pignorati *gli assegni per alimenti*, eccettochè per credito alimentare ». Che anzi nel caso ancora che trattisi di credito alimentare « il pi-

(1) Voet *Comm. ad. Pand.* Tit. *De compens.* § 16. Bersano. *De compens.* Cap. II quaest. 2. n. 9; Surdus, *De alimentis* tit. VIII priv. 53 n. 7. V. pure C. A. di Torino 20 giugno 1868 Piceni contro Piceni (*Giurisprudenza* di Torino V, 446); C. C. di Torino 28 gennaio 1869 Bettiamo contro Piana (*eod.* VI, 290); C. A. di Genova 17 aprile 1871 (*Legge*, IX, 1, 332).

(2) *Explication du Code Napoleon* sull'art. 1293 n. 832.

(3) Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* § 350 nota 28.

gnoramento non può farsi se non con la permissione dell'autorità giudiziaria, e per la porzione determinata da essa. »

Ma a questo proposito sorgono diverse questioni. Gli scrittori francesi controvertono se sia necessario che gli alimenti siano dichiarati *insequestrabili* dalla legge, ovvero se la compensazione sia inammissibile anche quando vengano dichiarati insequestrabili in virtù del titolo per cui sono dovuti per es. dal testamento, dall'atto di donazione e simili. Secondo la nostra legislazione tale questione non può aver luogo, perchè il codice di procedura dichiara non soggetti a sequestro *gli assegni per alimenti* senza fare alcuna distinzione, se si tratti di alimenti dovuti per legge o per convenzione.

È pure controverso se il divieto di compensare esista soltanto rispetto agli alimenti *futuri*, ovvero debba estendersi anche agli alimenti *passati*. Quelli che credono non doversi il divieto applicare rispetto agli alimenti passati, dicono che questi non sono necessarii per vivere, *nemo vivit in praeteritum* (1). A quest'argomentazione però si risponde che la legge non fa alcuna distinzione fra alimenti passati e futuri, il divieto quindi deve applicarsi ad ambedue le specie di alimenti (2). A me sembra che ambedue le opinioni siano troppo assolute e debba piuttosto farsi una distinzione nel modo seguente: o l'assegno alimentare può ancora servire, sebbene indirettamente, allo scopo dell'alimentazione ed in tal caso la compensazione deve escludersi sebbene si tratti di alimenti passati; o non può servire a questo scopo e la compensazione deve am-

(1) Voet, *Comm. ad Pand. Tit. de Compens.* n. 16.

(2) In questo senso Laurent, *Principes* XVIII n. 449 p. 463; Cass. francese 17 maggio 1831 (Dalloz, *Rep.* v. *Obligations* numero 2726, 2.).

mettersi. Il che significa che rispetto agli alimenti passati la compensazione deve escludersi soltanto nel concorso di speciali circostanze, come sarebbe il caso del creditore di alimenti il quale abbia contratto un debito per sostentarsi, sia facendosi somministrare gli alimenti in natura, sia facendosi anticipare a questo scopo del denaro (1). È naturale del resto che la prova di queste circostanze debba esser fatta dal creditore degli alimenti.

Si disputa ancora se il divieto di compensare stabilito dall'art. 1289 n. 3 del codice civile, oltre che ai crediti per assegni alimentari, sia applicabile anche a tutti gli altri crediti dichiarati non soggetti a sequestro. Laurent (2) e Marcadè (3) sostengono l'affermativa, perchè secondo loro, l'art. 1289 n. 3 (Cod. Napoleone art. 1293 n. 3) stabilisce un principio generale cioè che non sono suscettibili di compensazione tutti i crediti non soggetti a sequestro; che quella disposizione prevede un caso usuale ed abbandona le questioni di applicazione agli interpreti. Lungi dal negare il principio messo innanzi da questi scrittori, io penso che i crediti non soggetti a sequestro non siano suscettibili di compensazione; se non che io mi discosto dell'opinione dei due illustri scrittori in questo che mentre essi vorrebbero dedurre l'esclusione della compensazione dall'art. 1289 n. 3., io la riconosco invece in virtù dei principii generali che regolano la materia delle obbligazioni. Se al debitore di un assegno alimentare insequestrabile fosse permesso di opporre la compensazione, evidentemente egli con questo mezzo riuscirebbe a sottrarsi dall'obbligo che gl'incombe. Non è dunque perchè la legge ha fatto un espresso divieto di compensare

(1) Dernburg, Op. cit. § 60 pag. 520.
(2) *Principes* XVIII n. 448.
(3) *Explication* sull'art. 1293 n. 832.

che in questo caso deve negarsi la compensazione, ma soltanto perchè lo esige la natura speciale del credito.

114. Un altro caso in cui ha luogo il divieto di compensare, sebbene il codice civile non ne faccia espressa menzione, è quello che riguarda *i crediti dello Stato a causa d'imposte*. Al credito dello Stato per imposta non può opporsi la compensazione qualunque sia la natura del credito contro esso vantato. Così la suprema Corte di Roma in una recentissima decisione (1). La ragione di un tale divieto si è perchè, come disse Bigot-Préameneau nella discussione al Consiglio di Stato francese, l'interesse pubbligo esige che lo Stato non sia privato delle sue rendite (2). Al buon andamento dei pubblici affari è necessario anzitutto che la riscossione delle imposte sia certa, sicura e messa al coperto da impreviste diminuzioni che sconcerterebbero le previsioni ed i calcoli del bilancio governativo. Questi principii, sebbene in modo anche più ampio e che sapeva di privilegio, furono già riconosciuti dalle leggi romane. Ermogeniano nelle l. 46 § 5 D. *De jure fisci* dichiarava « *Ut debitoribus fisci, quod fiscus debet, compensetur, saepe constitutum est; excepta causa* tributoria *et stipendiorum, item pretio rei a fisco emtae et quod ex causa* annonaria *debetur* » (3). Questi principii del resto sono applicabili a qualsivoglia specie d'imposta sia diretta che indiretta, perchè identica in ambedue i casi è la ragione di decidere.

Lo Stato però è soggetto alle norme del diritto co-

(1) C. C. di Roma 25 ottobre 1878 Finanze contro Comune di Pietragalla (*Legge* 1879, 1, 164).

(2) Fenet, *Trav. préparat.* tom. XIII, pag. 90.

(3) Molti altri casi in cui per diritto romano era espressamente esclusa la compensazione a fronte dei crediti dello Stato sono accennati nelle l. 7 cod. *De compens.*; l. 17 e 20 D. *eod.*

mune per tutti gli altri crediti, che non derivano da imposte, epperò quando egli sia debitore e creditore nello stesso tempo di un cittadino per cause d'interesse privato la compensazione è ammissibile (1). Una sola limitazione deve farsi a questa regola ed è che il credito dedotto in compensazione deve aversi contro lo stesso ramo di amministrazione, altrimenti la compensazione non può ammettersi, sebbene i diversi rami di amministrazione abbiano un unico rappresentante. Ciò fu espressamente riconosciuto fin dall'epoca delle leggi romane (2), le quali nel sancire questa regola ne adducevano anche la ragione deducendola dai bisogni dell'ordinamento della contabilità dello Stato: *hoc juris, propter* confusionem officiorum, *tenaciter servandum est* (3). In omaggio a questi principii del diritto romano la moderna giurisprudenza sì italiana che straniera ha adottato su questo punto le stesse norme (4).

115. Da ultimo la compensazione legale non può aver luogo quando il debitore vi abbia *preventivamente* rinunziato (5). In questo caso l'esclusione della compensazione secondo il nostro diritto, risulta da una espressa disposizione di legge; la quale ha voluto in tal modo troncare le dispute che si erano sollevate nella dottrina e nella giurisprudenza francese. Toullier infatti aveva sostenuto che, come è nulla una rinunzia preventiva alla prescrizione, così nulla deve essere una rinunzia preventiva alla

(1) L. 46 § 1 D. *De iure fisci*; l. 12, l. 19, l. 24 D. *De compensat.*

(2) L. 1 Cod. *De compens.*

(3) Cit. l. 1 Cod. *De compens.*

(4) C. C. di Roma 25 ottobre 1878 (*Legge*, 1879, 1, 164). Anche alcune legislazioni moderne riconoscono espressamente questo principio; così il *Landrecht* Prussiano § 368 ed il codice civile Austriaco § 1441.

(5) Cod. civ. art. 1289 n. 4.

compensazione, non potendosi rinunziare ad un diritto non ancora acquisito (1). Quell'opinione di Toullier venne in seguito quasi unanimemente combattuta dagli scrittori francesi, i quali hanno in contrario osservato non potersi assimilare la compensazione alla prescrizione, fondandosi questa su di un motivo di ordine pubblico, quella su ragioni di interesse privato (2). Ed appunto inspirandosi a questi principii il legislatore italiano permise che si potesse preventivamente rinunziare alla compensazione; esso ha considerato che essendo l'eccezione di compensazione creata nell'interesse delle parti per facilitare la loro reciproca liberazione, evitando un lungo ed inutile circuito, non vi ha alcuna ragione di pubblico interesse per vietare la rinunzia preventiva alla medesima. Recentemente però Laurent ha sollevato dei dubbii su questo punto; il giureconsulto belga, tentando quasi di ritornare alla dottrina di Toullier, malgrado la generale opinione in contrario, dice che non bisogna dimenticare che la compensazione si è affermata dopo viva lotta colle consuetudini feudali, le quali davano adito ad una infinita moltitudine di controversie giudiziarie. La compensazione fu introdotta nel diritto civile moderno per porre un termine a queste liti, motivo questo essenzialmente di ordine pubblico. Ora siccome le convenzioni private non possono derogare alle leggi che concernono l'ordine pubblico; se ne dovrebbe inferire che la rinuncia preventiva alla compensazione sia inammissibile. « Supponete, scrive egli, che la clausola

(1) *Le droit civil*, VIII n. 393.

(2) MARCADÈ, *Explication*, sull'art. 1293 n. 833. — DELVINCOURT, *Cours de droit civil* tom. II p 589 DESJARDINS, *Compensation* p. 452. — LAROMBIÈRE *Obligations* tom. II p. 380 sull'art. 1293 n. 11. — ZACHARIAE, op. cit. tom. II § 327. — MASSÈ, *Le droit commercial* tom. IV n. 2243; ed in generale tutti gli scrittori.

di rinuncia divenga usuale: non sarebbe questo un grave colpo alla legge che vuol prevenire le liti? E si può permettere ai particolari di moltiplicarle, malgrado la volontà del legislatore? » (1) Io non dissimulo la gravità di questi dubbii dal punto di vista razionale; ma, poichè il nostro codice ha consacrato con un testo formale di legge la facoltà di rinunziare preventivamente alla compensazione, ogni questione su questo punto presso di noi sarebbe assolutamente inutile.

La rinunzia preventiva alla compensazione può essere o reciproca per ambedue le parti, di guisa che non possa opporsi da nessuna di esse, o stipularsi a favore di una sola delle parti di guisa che possa invocarla quella sola parte a favore della quale fu emessa. Inoltre non è necessario che sia dichiarata espressamente, ma può risultare tacitamente delle circostanze il cui apprezzamento è rimesso al prudente criterio del magistrato (2). Deve nondimeno avvertirsi che la rinunzia preventiva spiega la sua efficacia anche rispetto ai terzi; epperò non cessa la fideiussione, nè i privilegi e le ipoteche che stanno a garanzia del credito a fronte del quale la compensazione è inammissibile a causa della rinunzia; imperocchè se le parti nel contrattare hanno voluto che la compensazione non producesse alcun effetto non solo nei rapporti fra loro, ma anche nei rapporti verso i terzi, la legge non può attribuire a questi diritti maggiori di quelli che loro hanno

(1) *Principes de droit civil* tom. XVIII n. 456 p. 468.

(2) Consulta su questo punto Massè, (op. cit. tom. IV n. 2241) in cui egli colla sua solita dottrina stabilisce le norme pratiche per riconoscere quando vi sia nella specie una rinunzia tacita alla compensazione. V. anche De Luca *De credito* Disc. 46 n. 23 e Disc. 48 n. 15 e segg. — Casaregis, *De commercio* Disc. 135 n. 18.

conferito quelli da cui hanno causa (1). Cessa però l'effetto della rinunzia preventiva alla compensazione quante volte una delle parti cadesse in fallimento; imperocchè quella rinunzia si stipula nella fiducia che l'altro contraente non riuscirà a sottrarsi da parte sua al pagamento effettivo (2).

---

(1) Desjardins, *De la compensation* p. 753.
(2) Dernburg, op. cit. § 59 p. 507.

ART. IV.

Effetti della compensazione legale.

—

SOMMARIO.

116. Effetto generale della compensazione legale. — È un modo di estinzione delle obbligazioni. — Estinzione parziale dei crediti.

117. Interruzione della prescrizione come effetto della compensazione. — Ragioni esplicative di questo effetto. — In qual momento deve operarsi la compensazione perchè produca tale effetto. — In quale misura interrompe il corso della prescrizione.

118. Altro effetto della compensazione si è che colla estinzione dei crediti si estinguono anche le obbligazioni accessorie. — Cessazione del corso degli *interessi*. — Estinzione delle clausole penali. — Dei privilegi, delle ipoteche e delle cauzioni.

119. La parte che per errore ha pagato un debito estinto ha diritto di esercitare una *condictio indebiti*. — Come questo effetto stia in contradizione col principio che la compensazione si opera *ipso jure*.

120. Nel caso che s'incontrino più crediti compensabili si applicano alla compensazione le regole concernenti l'imputazione dei pagamenti. — Osservazione di Desjardins a questo proposito. Si dimostra che questo principio è in contradizione coll'effetto principale della compensazione legale.

121. Dopo operatasi la compensazione non può cedersi il credito estinto. — Se possa cedersi il residuo del credito che avanza dopo la compensazione. — La compensazione può opporsi in qualunque stato e grado della causa. — Giurisprudenza relativa.

122. Se le parti possano rinunziare agli effetti della compensazione. — Opinione di Laurent. — Si mostra che è una opinione troppo sottile e superflua. — In quale senso gli scrittori intendano che si può rinunziare alla compensazione.

123. Delle diverse specie di rinunzia alla compensazione. — Rinunzia espressa e tacita. — Si espongono diversi casi di rinunzia tacita. — La rinunzia alla compensazione non si presume mai. Deve tenersi nei limiti dell'oggetto a cui si applica. Suoi effetti in generale.

124. Del caso di rinunzia tacita contemplato nell'art. 1291 del

codice civile. — Effetti di questa rinunzia. — Nei rapporti fra le parti. — Nei rapporti verso i terzi.

125. Altro caso di rinunzia previsto dall'art. 1295 del codice civile. — Effetti di questa rinunzia. — Nei rapporti reciproci delle parti. — Distinzione da farsi. — Nei rapporti verso i terzi. — Distinzione dei diversi casi.

116. Quando tutte concorrano le condizioni stabilite dalla legge cioè reciprocità, esigibilità, omogeneità e liquidità dei crediti, la compensazione legale si opera *ipso jure* senza che sia necessaria altra condizione; vale a dire la compensazione estingue i due crediti, fin dal momento in cui essi si incontrano dotati di tutte le condizioni accennate di sopra, ad insaputa delle parti, per sola virtù di legge. È questo il primo effetto che deriva dalla compensazione; esso è identico all'effetto che deriva dal pagamento; imperocchè come questo, così la compensazione produce la estinzione dell'obbligazione. Ed è per questa ragione appunto che la legge annovera la compensazione fra i diversi modi con cui si estinguono le obbligazioni. Una cosa sola deve avvertirsi, che però fu già notata, ed è che mentre il debitore non può costringere il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè divisibile (1); la compensazione invece può produrre l'estinzione anche parziale del credito opposto, perchè essa estingue i due debiti per le quantità corrispondenti (2). Questo, per cui i due debiti si estinguono immediatamente *ipso jure* fin dal momento del loro incontrarsi quando concorrono tutte le condizioni stabilite dalla legge, è l'effetto giuridico principale che deriva dalla compensazione, tutti gli altri effetti che ora passeremo in rassegna non sono altro che conseguenze e corollarii di questo.

(1) Cod. civ. art. 1246.
(2) Cod. civ. art. 1286.

117. Poichè la compensazione produce *ipso jure* la estinzione dei crediti che reciprocamente si contrappongono, è chiaro che questi non possono andar soggetti ad altre cause di estinzione; epperò non potrebbe opporsi da una delle parti la prescrizione del credito spettante alla controparte. I crediti già vennero estinti per opera della compensazione, sarebbe quindi assurdo che si dovessero dichiarare estinti per causa diversa dal momento che essi più non esistono. Devesi per altro osservare che in questo caso la compensazione deve essersi operata prima che sia decorso il termine della prescrizione, altrimenti sarebbe la prescrizione quella che avrebbe estinto il credito e la compensazione, come notammo a proposito delle eccezioni perentorie che rendono inesigibile il credito, non potrebbe più operarsi (1).

Epperò la Suprema Corte di Napoli sentenziava che siccome nella compensazione legale i crediti reciproci si estinguono per ministero di legge appena s'incontrano, per gli effetti della prescrizione deve aversi riguardo al tempo in cui la compensazione avvenne, e non a quello in cui questa si eccepisce, di guisa che può benissimo opporsi in compensazione un credito anche dopo scaduto il termine per la prescrizione (2).

Questa conseguenza che deriva dalla compensazione per cui essa produce il suo effetto malgrado che il termine della prescrizione abbia già cominciato a decorrere è importante sopratutto rispetto alle prescrizioni più brevi di cui è cenno negli art. 2138 e seguenti del codice ci-

(1) Toullier, *Droit civil* VII n. 389. — Larombière *Obligations*, tom. II pag. 367 e 368 sull'art. 1291 n. 25.

(2) C. C. di Napoli 31 gennaio 1874 Cappelli contro Visca (*Legge* XIV, 1, 600).

vile (1). Da ultimo vogliamo osservare che la compensazione operatasi per solo effetto di legge senza atto o fatto di alcuna delle parti, nè opposta prima del compimento della prescrizione, non impedisce il decorso di questa per la parte del debito superiore al credito, ma estingue quello fino all'ammontare di questo (2).

118. Giusta il principio: *accessorium sequitur suum principale,* dalla estinzione dei crediti operatasi in virtù della compensazione deriva che con essi si estinguono anche gli accessorii; cessano cioè gl'interessi, la clausola penale pel caso di inadempimento o di ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione, le fidejussioni, i privilegi e le ipoteche.

Per quanto riguarda gl'interessi, questi cessano di correre dal momento in cui i due crediti hanno cominciato a coesistere forniti di tutte le condizioni richieste dalla legge per la loro compensabilità, e cessano *ipso iure* come i crediti in ragione dei quali essi erano dovuti e ciò si verifica tanto nel caso che ambedue i crediti producano interessi, quanto nel caso che li produca un solo di essi. In quest'ultimo caso, siccome gl'interessi si debbono pagare prima del capitale, essi si sommano con questo e si compensano per la concorrente quantità dell'altro credito: « *cum alter alteri pecuniam* sine usuris, *alter* usurariam *debet, constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas* » (3). Che se la compensazione non estingua il capitale, che produceva interessi, per intero, ma rimanga ancora un resi-

(1) Vedi a questo proposito C. A. di Torino 27 decembre 1866 Gagliardini contro Allara (*Giurisprudenza* di Torino IV, 167).

(2) C. C. di Palermo 1. febbraio 1867 Firmaturi contro Cauzoneri (*Legge* VII, 1, 555).

(3) L. 11. D. *De compens.* L. 4. Cod. *eod.*

duo, questo continua a produrre interessi per la somma residuale.

Nè solo gl'interessi convenzionali cessano di correre *ipso iure* per virtù della compensazione, ma anche quelli derivanti dalla mora nell'adempimento dell'obbligazione, *non enim in mora est is a quo pecuniam propter exceptionem peti non potest* (1). Il medesimo deve dirsi della clausola penale, stabilita pel caso d'inadempimento o di ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione; anch'essa è un accessorio del credito estinto il quale rimane estinto ancor esso. Che anzi, nell'ipotesi che una cosa fosse stata venduta col patto della *lex commissoria*, non potrebbe aver luogo la retrocessione della cosa venduta, qualora il compratore, durante il termine stabilito pel pagamento, divenisse a sua volta creditore del venditore, ed opponesse questo credito in compensazione. Solo nel caso che il compratore avesse espressamente pattuito di effettuare un reale pagamento, la retrocessione in virtù del patto commissorio dovrebbe aver luogo se il compratore non facesse il pagamento (2).

Colla estinzione del credito si estinguono inoltre nello stesso tempo tutte le fidejussioni, i privilegi e le ipoteche che erano stati stabiliti a garanzia del medesimo; epperò, come avremo occasione di notare in seguito, quegli il quale ha pagato un debito già estinto in virtù della compensazione, se sperimenta i suoi diritti pel credito di cui non ha opposto la compensazione, non può, in pregiudizio dei terzi, prevalersi delle fidejussioni, dei privilegi e delle ipoteche annesse al suo credito, perchè estinta una volta l'obbligazione essa non può rivivere. I terzi quindi avreb-

(1) L. 40 D. *De rebus creditis*.
(2) Dernburg. Op. cit. § 70 pag. 579.

bero diritto a domandare la cancellazione delle iscrizioni ipotecarie ed avrebbero diritto di pretendere di essere liberati dall'obbligo di prestar garanzia nei casi rispettivi.

119. Altro effetto che deriva dalla compensazione si è che se una delle parti reciprocamente debitrici, malgrado la compensazione, abbia pagato per errore un debito estinto ha diritto a ripetere, mediante una *condictio indebiti*, la somma da lui pagata indebitamente: « *si quis compensare potens, solverit*, condicere *poterit quasi* indebito *soluto* » (1).

Questo effetto però sta in aperta contradizione col principio che la compensazione produce *ipso iure* la estinzione dei crediti opposti. Infatti, se il credito è già estinto in virtù della compensazione, è chiaro che quegli al quale spettava, secondo i principii generali, non ha più diritto di ripeterlo per mancanza di titolo; il creditore sapeva di non esser tenuto al pagamento a causa della compensazione e tuttavia pagò, volle quindi esercitare un atto di liberalità, che esclude il concetto d'indebito. Ma il legislatore, attenendosi piuttosto all'equità che alla logica dei principii da lui stabiliti, ammise che quegli il quale, sebbene con conoscenza di causa, pagò un debito già estinto in virtù della compensazione, possa ripetere il credito proprio (2).

120. Quando due crediti perfettamente compensabili si trovano di fronte e si incontrano, essi si estinguono senz'altro; ma non sempre si trova di fronte un credito con un altro credito; accade talvolta che una stessa persona sia debitrice di più debiti compensabili verso un'altra la quale è a sua volta debitrice della prima ma per

(1) L. 10 § 1. D. *De compens.*
(2) Cod. civ. art. 1295.

un sol debito. In questo caso evidentemente potrebbero nella pratica sorgere gravissime difficoltà ove la legge non avesse espressamente dichiarato che: quando la medesima persona abbia più debiti compensabili, devono osservarsi per la compensazione le stesse regole che sono stabilite per l'imputazione dei pagamenti (1). Ora l'art. 1258 del codice civile dispone che: « Quando la quitanza non esprime alcuna imputazione, il pagamento deve essere imputato al debito che a quel tempo il debitore aveva maggior interesse di estinguere tra quelli che erano parimente scaduti; in caso diverso al debito scaduto, quantunque meno gravoso di quelli non peranco scaduti. — Se i debiti sono di egual natura, l'imputazione si fa al più antico e proporzionalmente in parità di cose. » Però Desjardins fa osservare che la natura delle cose non permette che si applichino esattamente alla compensazione le regole dell'imputazione legale (2). Egli sostiene e giustamente, che in materia di compensazione nel caso in cui il debito unico di una delle parti fosse scaduto prima dei diversi debiti dell'altra parte, deve applicarsi il capoverso dell'art. 1258 come regola fondamentale vale a dire che la compensazione deve farsi con quello che è per scadenza più antico, perocchè dall'istante in cui un solo dei diversi debiti ha coesistito col debito unico, essi si sono reciprocamente estinti (3).

Il principio che alla compensazione di più debiti devono applicarsi le regole concernenti l'imputazione dei pagamenti è un'altra eccezione alla regola che la compensazione si opera *ipso iure*; imperocchè, prendendo que-

(1) Cod. civ. art. 1293.
(2) *De la compensation* pag. 428.
(3) Cassazione francese 2 maggio 1860 (Dalloz, 1861, 1, 104).

sta come punto di partenza, nel caso che i debiti da compensare siano parecchi, dovrebbe dirsi compensato quello che pel primo si trovò fornito delle condizioni della compensabilità; perchè il debito più antico dovrebbe aver operato prima di quelli che divennero in seguito compensabili; invece applicandosi le regole proprie dell'imputazione dei pagamenti si prende come fondamento il maggiore interesse che ha il debitore alla estinzione di uno dei debiti. Ma di questo si è già parlato di sopra nella introduzione e sarebbe superfluo discorrerne più ampiamente.

121. Un'altra conseguenza del principio che la compensazione produce la estinzione dei crediti *ipso iure* si è che non può più cedersi il credito estinto se non per la somma che rimane dopo la compensazione. Da ultimo per effetto di quel principio la compensazione, come il pagamento, può opporsi in qualunque stato della causa e fino all'esecuzione della sentenza che condannasse una delle parti a pagare il debito compensato, allo stesso modo che si può opporre il pagamento del debito fino all'esecuzione della sentenza: *eum qui judicati convenitur, compensationem sibi debitae pecuniae implorare posse nemini dubium est* (1). In omaggio a questi principii la giurisprudenza ha deciso che la compensazione può invocarsi anche *post judicatum* (2) e che per conseguenza può farsi valere anche in linea di opposizione a precetto (3); che il debitore pignorato, sebbene condannato

(1) L. 2 Cod. *De compensationibus*.

(2) C. C. di Napoli 17 giugno 1871 Mezzanotte (*Gazzetta dei Tribunali* di Napoli XXIV, 121). C. A. di Napoli 7 aprile 1873 Cassitto contro Capanno (*Gazzetta del Procuratore* VIII, 587).

(3) C. C. di Napoli 7 decembre 1829 Tagiente contro Giunti (*Gazz. del Proc.* IV, 531) e 24 aprile 1869 De Michele (*Gazzetta dei Trib.* di Genova XXI, 1, 721).

a pagare direttamente il suo debito al creditore pignorante, può opporre a questo la compensazione d'un credito che egli avesse contro il debitore al giorno del fatto pignoramento, ma non la compensazione di un credito creato posteriormente sebbene privilegiato (1). E finalmente che la compensazione si può opporre in qualunque stato di causa, anche in appello ed anche quando il credito che si oppone sia nato posteriormente alla sentenza di prima istanza (2).

122. Possono le parti rinunziare all'effetto prodotto dalla compensazione, considerare cioè come non estinti i crediti fra i quali la compensazione si operò? Gli scrittori in generale ammettono che le parti possano rinunziare all'effetto della compensazione, purchè ambedue egualmente vi consentano, non potendo una delle parti pregiudicare al diritto che la legge accorda all'altra (3). Laurent però partendo dal rigore dei principii non ammette la rinunzia all'effetto della compensazione. « Si tratta di sapere, scrive egli, se le parti possono rinunziare alla compensazione, nel senso che essa si consideri come se non avesse avuto luogo. A nostro credere, bisogna rispondere negativamente, se si ha riguardo ai principii. Noi facciamo pel momento astrazione dai testi. Il pagamento può opporsi retroattivamente se tale è la volontà delle parti interessate? Ciò è impossibile, perchè il pagamento opera il trasferimento della proprietà quando ha per og-

(1) C. A. di Firenze 31 decembre 1872 Colantoni contro Reali (*Annali della Giur. ital.* VI, 2, 579).

(2) C. A di Casale 11 gennaio 1868 Cotta (Bettini, XX, 2, 8); C. A. di Bologna 1 luglio 1873 Banca Nazionale contro Rizzoli (*Rivista giuridica* di Bologna I, 264).

(3) Larombière, *Obligations* tom. II, p. 390 sult'art. 1295 n. 1. — Desjardins, *Compensation* p. 442. — Mourlon, *Rèpet. écrites* tom. II, p. 762 n. 1453.

getto cose indeterminate; in ogni caso è un fatto, la tradizione, la consegna. Dipende forse dalla volontà degli uomini annientare un fatto? Ciò è impossibile. Possono certo modificarsi gli effetti prodotti, ma non si può impedire che essi siano stati prodotti. Se ciò è vero del pagamento, deve esser vero anche della compensazione, che ne è l'imagine. Anche in questa vi ha un fatto compiuto che la volontà umana è impotente a cancellare. Tutto ciò che le parti possono fare, si è di rinunziare per l'avvenire agli effetti che la compensazione ha prodotto » (1).

Or bene ciò che sostiene l'illustre giureconsulto belga è vero: *factum infectum fieri nequit*; a me però sembra che questa sua argomentazione sia troppo sottile e tutta teorica. In fin dei conti egli dice che si può rinunziare agli effetti prodotti dalla compensazione; ora quando gli altri scrittori dicono che le parti possono rinunziare alla compensazione, intendono proprio questo, hanno cioè riguardo agli effetti della compensazione, perchè a nessuno può venire in mente di sostenere che la compensazione quando si è verificata, debba considerarsi come se operata non si fosse. Son queste dunque sottigliezze che bisogna relegare nella metafisica speculativa del diritto e che niun lume arrecano alla risoluzione pratica delle questioni giuridiche.

123. La rinunzia agli effetti della compensazione può essere espressa o tacita; ma essa non si presume mai (2). La rinunzia *tacita* agli effetti della compensazione si verifica quando si compie un atto incompatibile con i suoi effetti. Così ha tacitamente rinunziato alla compensazione

(1) *Principes* tom. XVIII n. 461 p. 471 e 472.

(2) C. A. di Bologna 8 aprile 1875 Lolli contro Direz. prov. delle poste di Ferrara (Bettini, XXVII, 2, 434).

il debitore che paga un debito compensato. Del resto la rinunzia, non solo non si presume, ma neppure può estendersi fuori dei limiti dell'oggetto speciale al quale essa si applica. Quindi non può ritenersi che il creditore abbia tacitamente rinunziato agli effetti della compensazione per ciò solo che abbia domandato il pagamento del suo credito; nè dall'aver pagato un acconto del suo debito può desumersi la rinunzia ad opporre la compensazione per il residuo. In questo caso la rinunzia tacita si verifica soltanto fino a concorrenza della somma che ha pagato (1).

L'effetto della rinunzia tacita alla compensazione, rispetto alle parti, si è che ciascuna di esse conserva la propria situazione rispettiva di debitrice e creditrice e le autorizza a domandarsi reciprocamente il pagamento del proprio credito. Non tutti gli effetti della compensazione sono distrutti anche nei rapporti fra le parti; perocchè resta sempre interrotta la prescrizione dal momento in cui la compensazione si è operata *ipso iure*, dopo il quale comincia il decorso di una nuova prescrizione. Ciò accade perchè la rinunzia agli effetti della compensazione non importa rinunzia anche all' interruzione della prescrizione (2).

124. Un caso di rinunzia tacita agli effetti della compensazione è contemplato dall'art. 1291 del codice civile. « Il debitore che senza condizione o riserva ha consentito alla cessione che il creditore ha fatto delle sue ragioni, ad un terzo, non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima dell'accettazione ». Ciò perchè accettando puramente e semplicemente la cessione il debitore mostra di accettare

(1) Larombière, Op. e loc. cit. pag. 390 n. 2.
(2) Larombière, Op, cit. pag. 391 n. 4. sull'art. 1295.

per suo creditore il cessionario e quindi di rinunziare ad opporre la compensazione. Ora dobbiamo ricercare quali siano gli effetti che derivano da questa rinunzia tacita, tanto rispetto alle parti fra loro, quanto rispetto ai terzi.

Perciò che riguarda i rapporti delle parti fra loro il debitore conserva il suo antico credito; perchè sebbene a rigore dei principii il credito sia rimasto estinto, tuttavia siccome la rinunzia ha per effetto di far considerare la compensazione come se non si fosse verificata, è manifesto che il debitore conserva il suo credito contro il cedente e può farlo valere contro di lui. Ma se il debitore abbia accettato la cessione ignorando di esser creditore del cedente, per analogia dell'art. 1295, bisogna dire che siccome la compensazione si considera come se mai non avesse esistito, quando il debitore paga il debito estinto, abbia egli ignorato o conosciuto l'ammissibilità della compensazione, il credito sussiste sempre e non può dirsi che vi abbia pagamento d'indebito (1).

Per ciò poi che concerne gli effetti della rinuncia tacita nei rapporti verso i terzi, procedendo sempre per analogia a causa del silenzio del legislatore, questa rinunzia *fatta con conoscenza di causa* non può alterare e pregiudicare i diritti acquisiti dei terzi, e siccome la compensazione ha di pien diritto estinto le fideiussioni e le ipoteche, così i terzi hanno interesse a valersi di questa estinzione. Se poi il debitore avesse avuto un giusto motivo d'ignorare l'esistenza del credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito, siccome l'accettazione della cessione in questo caso è nulla, non vi ha rinunzia e

(1) Laurent. *Principes* tom. XVIII n. 466 pag. 478.

quindi non sono estinti rispetto ai terzi i privilegi e le ipoteche annesse al credito (1).

125. Un altro caso di rinunzia a valersi degli effetti della compensazione è quello previsto dall'art. 1295 del codice civile che dispone: « Quegli che ha pagato un debito, il quale di diritto era estinto in forza della compensazione, e poi propone il credito per cui non ha opposto la compensazione, non può in pregiudizio dei terzi, valersi dei privilegi, delle ipoteche o cauzioni annesse al suo credito, semprechè non abbia avuto un giusto motivo d'ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito. » Infatti, poichè il debitore, secondo l'ipotesi che fa la legge, conosceva l'esistenza del credito che poteva opporre in compensazione, non avendolo opposto significa che esso ha rinunziato alla compensazione. Per ciò che concerne gli effetti risultanti da questa rinunzia, anche qui bisogna distinguere i rapporti delle parti dai rapporti verso i terzi.

Quando si tratta degli effetti di questa rinunzia nei rapporti reciproci delle parti bisogna fare una suddistinzione. Se il debitore ha pagato sapendo di esser creditore e quindi che il suo debito era estinto in virtù della compensazione, pagando ha rinunziato alla compensazione; ma ha diritto a ripetere il pagamento del suo credito con una azione speciale. Se invece il debitore ha pagato per errore il debito già estinto in virtù della compensazione ha diritto di ripetere il pagamento del credito colla *condictio indebiti*.

L'effetto di questa rinunzia nei rapporti verso i terzi è diverso secondochè il debitore abbia o no conosciuto

(1) In questo senso Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 467 — In senso contrario Aubry e Rau tom. IV § 329 nota 9 pag. 240.

l'esistenza del credito. Nel primo caso, siccome vi ha rinunzia agli effetti della compensazione il debitore conserva il suo credito, ma soltanto contro il debitore e non rispetto ai terzi; perchè essendosi estinto il credito *ipso iure* in virtù della compensazione si sono estinte anche tutte le obbligazioni accessorie al medesimo annesse cioè privilegi, ipoteche e cauzioni; ora il creditore può rinunziare alla compensazione pagando il debito, ma non può farlo a pregiudizio dei terzi, i quali hanno diritto di considerare il credito come estinto e quindi di esser liberati. Nel secondo caso, cioè se il pagamento del debito estinto avvenne per errore, siccome il pagamento è l'effetto di un errore, si considera come nullo e quindi rimangono intatti i privilegi, le ipoteche e le cauzioni.

CAPO II.

DELLA COMPENSAZIONE FACOLTATIVA

SOMMARIO.

126. Che s'intenda per compensazione *facoltativa* — Perchè assume questa denominazione.

127. Si esaminano le differenze che corrono fra compensazione facoltativa e legale — Come si origini la diversità fra queste due specie di compensazione — Differenze della compensazione facoltativa e della giudiziaria.

128. Casi in cui la compensazione facoltativa ha luogo — Dei casi in cui manca la condizione di reciprocità — Si confuta la dottrina di Larombière.

129. Compensazione facoltativa nei casi di società, di mandato e di rappresentanza in generale — Quando non possa verificarsi — Applicazione al caso di fideiussione.

130. Se possa aver luogo la compensazione facoltativa quando manca il requisito dell'omogeneità — Risoluzione negativa come regola — Caso speciale in cui malgrado il difetto di omogeneità la compensazione facoltativa è ammissibile.

131. Della compensazione facoltativa nel caso di inesigibilità di uno dei crediti — Crediti condizionali — A termine.

132. Se nel caso di illiquidità sia ammissibile la compensazione facoltativa — Si rileva un'errore della Corte di appello di Brescia.

133. Nei casi in cui la compensazione legale non ha luogo, è ammessa la facoltativa? — Distinzione dei casi in cui non è ammessa per la natura speciale dei crediti e di quelli in cui non è ammessa a tutela dei diritti dei terzi. — Se sia necessaria l'eguaglianza dei crediti per l'ammissibilità della compensazione facoltativa.

134. Effetti giuridici della compensazione facoltativa. — Da quale momento essa opera l'estinzione dei crediti — Si confuta un errore di Duranton. — Se e quando i terzi possano valersi della compensazione facoltativa.

135. Compensazione *convenzionale* — In che consiste — Come si distingue dalla facoltativa — Compensazione convenzionale *in futurum e in praeteritum* — Vantaggi che ne derivano alle parti

— Diritti dei terzi — Effetti che ne derivano — Applicazioni pratiche — *Gira* o *riscontro* — *Clearing-house.*

126. La compensazione si dice *facoltativa* quando non potendo, per difetto di una delle condizioni essenziali, verificarsi la compensazione legale il debitore da parte o in favore del quale esiste l' ostacolo alla compensazione legale, rinunzia al suo diritto e propone la compensazione. Così si verifica la compensazione facoltativa nel caso che il debitore di un credito non peranco esigibile dichiari di rinunziare al beneficio del termine stabilito a suo favore. In questo caso è chiaro che la compensazione legale non può aver luogo appunto per la mancanza della esigibilità; può però la parte a favore di cui la compensazione legale è esclusa rinunziare al suo diritto e far cessare l'ostacolo e quindi operarsi la compensazione. Per questo appunto essa prende il nome di *facoltativa* in quanto dipende dalla facoltà di una delle parti. Di questa specie di compensazione la legge non si è occupata nelle sue disposizioni, ma essa risulta dalla natura delle cose e dai principii generali. E qui deve notarsi che quando la parte a favore della quale è esclusa la compensazione legale, per mancanza di una delle condizioni stabilite dalla legge, fa per propria volontà cessare l'ostacolo e permette così che la compensazione si compia, questa non ha bisogno per verificarsi che le parti dichiarino espressamente che esse vogliono compensare i loro debiti reciproci, ma si compie per sola virtù di legge, *ipso iure* (1).

127. Ora dobbiamo esaminare quali siano le differenze, che intercedono fra la compensazione facoltativa e la

(1) Toullier, *Droit civil* tom. VII n. 346 e 396 Larombière *Obligations* tom. II pag. 381 sull'art. 1293 n. 13.

compensazione legale non che fra la prima e la compensazione giudiziaria. Ciò servirà a porre meglio in luce il concetto della compensazione facoltativa sul quale spesso si sono accumulate le più strane confusioni. Anzitutto la compensazione facoltativa si distingue dalla compensazione legale in quanto rispetto a quest'ultima, quando i crediti si trovano in istato di compensabilità, essi si estinguono *ipso iure* dal momento stesso della loro coesistenza; la compensazione legale quindi, come lo dice espressamente l'art. 1286 del codice civile, si opera anche ad insaputa dei debitori, anzi malgrado la loro volontà per sola virtù di legge; all'opposto perchè la compensazione facoltativa si verifichi è necessaria una dichiarazione di volontà di quello dei due debitori il quale ha un debito od un credito che non si trova in istato di compensabilità. Di qui sorge una conseguenza importantissima la quale mostra una volta di più la grande diversità che intercede fra l'una e l'altra specie di compensazione. Infatti mentre per la compensazione legale i due crediti si estinguono appena cominciano a coesistere; nella compensazione facoltativa invece i due crediti non si estinguono che dal momento in cui il credito non compensabile diviene compensabile per volontà della parte che aveva il diritto di escludere la compensazione. Così trattandosi di un credito a termine, siccome esso non diviene compensabile che dal momento in cui il debitore ha dichiarato di rinunziare al beneficio del termine stabilito a suo vantaggio, la compensazione non si compie che da questo momento. È per non aver tenuto conto di queste importanti differenze che spesso la giurisprudenza ha confuso la compensazione facoltativa colla legale ammettendo l'estinzione dei due crediti dal momento della loro coesistenza e non dal mo-

mento in cui essi sono divenuti compensabili (1); in tal modo si è dimenticato che due crediti possono esistere simultaneamente senza che per questo possa fra loro operarsi la compensazione.

Del resto questa distinzione fra compensazione legale e compensazione facoltativa, come già si ebbe occasione di notare, è un effetto che deriva dal sistema che il nostro codice ha adottato come fondamento della compensazione, cioè che la compensazione opera la estinzione dei crediti, che si contrappongono, *di pien diritto*. Ammesso siffatto principio, sarebbe assurdo che la legge operasse l'estinzione del debito di una delle parti per mezzo del credito spettante all'altra parte senza che la estinzione si verificasse nello stesso tempo rispetto all'altra parte. È adunque per questa ragione che sorge una specie di compensazione distinta da quella che si chiama *legale* quando una sola delle parti ha il diritto di opporre la compensazione.

Se non che la compensazione facoltativa, oltrechè dalla legale, si distingue eziandio da quell'altra specie di compensazione che si dice *giudiziaria* e di cui avremo occasione di occuparci fra poco nel capitolo seguente. La compensazione giudiziaria è ancor essa facoltativa ove si consideri che il magistrato non può dichiararla se la parte non l'abbia domandata sia per mezzo di eccezione sia per mezzo di riconvenzione; tuttavia la compensazione facoltativa ha un'indole giuridica assolutamente diversa dalla compensazione giudiziaria; mentre questa deve esser pronunziata dal magistrato, quella dipende assolutamente dalla volontà delle parti, nè ha luogo l'intervento del magistrato. Epperò anche quando le parti si trovano in presenza del

(1) Corte di Rouen 20 gennaio 1853 (Dalloz, 1855, 2, 91).

magistrato, quella che ha diritto di opporre la compensazione facoltativa, non ha da far altro che dichiararlo, senza bisogno che il magistrato la pronunzii (1).

Determinata così la natura ed i caratteri della compensazione facoltativa dobbiamo ora ricercare i casi in cui la compensazione facoltativa ha luogo.

128. Affinchè la compensazione legale si verifichi è necessaria la reciprocità dei crediti che vengono in compensazione, cioè che fra le stesse persone concorrano debiti e crediti reciproci; supposto pertanto che questa condizione manchi la compensazione legale non può verificarsi, può però aver luogo la compensazione facoltativa. Questa peraltro, al dire di Larombière (2), sarebbe una compensazione facoltativa molto diversa da quella la cui natura giuridica abbiamo testè esposto, in quanto si opererebbe per l'intervento di un terzo, il quale dovrebbe dare il suo consenso; sarebbe insomma un caso di pagamento per intervento a tenore dell'art. 1238 del codice civile. La questione che Larombiére esamina è se un terzo, il quale intervenga, a termini dell'art. 1238, per pagare il debito di un altro in nome e per la liberazione di questo, possa opporre in compensazione contro il creditore di questo il credito proprio. Trattando della reciprocità nella compensazione legale si è già notato che i giureconsulti romani in questo caso non ammettevano la compensazione legale, come risulta da un frammmento di Papiniano secondo il quale: *Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor eius pro eo qui convenitur proprium debitum velit compensare* (3).

(1) Desjardins, *Compensation* pag. 454. — Lair, *De la compensation et des demandes reconventionelles* pag. 259 nota 2.

(2) *Obligations* tom. II pag 382 sull'art. 1293 n. 17.

(3) L. 18 § 1. D. *De compens.*

Nè la compensazione legale in questo caso potrebbe ammettersi, siccome fu dimostrato, a tenore del diritto civile odierno, essendo la condizione di reciprocità, la quale in questo caso fa difetto, essenziale per la compensazione legale. Ciò posto, Larombière ammette che qui non possa trattarsi che di una compensazione *facoltativa*, però a questa speciale compensazione facoltativa egli attribuisce caratteri ed effetti così singolari che in ultima analisi si risolve in una vera compensazione legale. Per vero mentre egli riconosce che in questo caso si tratta di un'eccezione di compensazione proposta volontariamente e spontaneamente dal creditore non allo scopo di estinguere il proprio debito, ma di pagare quello di un terzo e che stando al rigore dei principii non si potrebbe costringere il creditore ad accettare siffatta compensazione, mancando il concorso di persone rispettivamente debitrici e creditrici l'una dell'altra; poi soggiunge che bisogna abbandonare il rigore dei principii e collocarsi su di un altro punto di vista cioè applicare l'art. 1238 del codice civile secondo il quale le obbligazioni possono estinguersi anche col pagamento fatto da un terzo che non vi ha interesse, purchè questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore. Partendo da questo principio, secondo Larombière, al terzo creditore dev'essere indifferente di esser pagato con un pagamento effettivo, o mediante una compensazione che ne fa le veci; epperò deve ammettersi in questo caso la compensazione, la quale se non è legale, è però forzata. Ora domando io, ma che sorta di compensazione facoltativa è questa mai che il creditore è *costretto* a subire contro propria volontà ed in qual cosa mai essa si distingue dalla legale? No, a mio avviso, il creditore in questo caso non può esser costretto a subire la compensazione. Il dotto scrittore francese parte dall'erronea sup-

posizione che compensazione e pagamento siano la stessa cosa, che l'uno sia il surrogato dell'altro, ma ciò è inesatto, come a suo luogo dimostrammo; se compensazione e pagamento mirano allo stesso scopo, hanno però caratteri così profondamente diversi che l'uno dall'altro distinguono, che non possono le norme regolatrici dell'uno applicarsi all'altro. Non è affatto indifferente per una persona di essere realmente pagato o di esser costretto a subire una compensazione. Concludendo pertanto dirò che in questo caso la compensazione facoltativa è ammissibile, ma soltanto a condizione che il creditore acconsenta a compensare il debito che ha verso il terzo creditore col credito che gli spetta verso il debitore.

129. Posti questi principii è evidente che una società può opporre in compensazione il credito di uno dei soci al proprio creditore, che sia a sua volta debitore del socio, purchè il creditore della società acconsenta ad ammetterla. Invece secondo la dottrina che abbiamo combattuto e che anche Desjardins (1) adotta sulle traccie di Larombière, il creditore della società sarebbe costretto a subire la compensazione a fronte della società col credito del socio sotto la sola condizione che quest'ultimo vi acconsentisse, il che condurrebbe adirittura ad un caso di compensazione legale. Parimente potrebbe avverarsi la compensazione facoltativa nel caso che il rappresentante di un debitore opponesse il proprio credito al creditore del rappresentato, sempre supposto che questo creditore vi acconsenta; quindi il tutore, il marito, il mandatario potrebbero invitare il creditore di quello i cui interessi amministrano ad operare la compensazione coi crediti particolari che essi hanno verso questo creditore. Non potrebbe invece l'amministra-

(1) *Compensation* pag. 453.

tore di un patrimonio opporre ai creditori personali il credito del patrimonio amministrato, ancorchè si trattasse di semplice compensazione facoltativa. Perocchè se al rappresentante si consentisse tale facoltà, adoprerebbe a proprio vantaggio i crediti del patrimonio la cui amministrazione gli venne affidata ed il pericolo che correrebbe il rappresentato sarebbe gravissimo; al debitore originario si sostituirebbe come debitore il rappresentante e perderebbe tutte quelle guarentigie che erano annesse al proprio credito. Solo nel caso che il rappresentante ottenesse il consenso del rappresentato, o, trattandosi di un incapace, il consenso della competente autorità, potrebbe aver luogo la compensazione facoltativa. In questo caso sarebbe necessario il consenso del creditore del rappresentante ed il consenso del rappresentato o dell'autorità nei rispettivi casi, affinchè la compensazione facoltativa possa operarsi (1).

Parimente sebbene il debitore principale non possa opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fidejussore (2), può però aver luogo la compensazione facoltativa se il creditore del debitor principale vi acconsenta.

130. La compensazione legale non può aver luogo se non fra due debiti che hanno per oggetto una determinata quantità di cose della stessa specie, le quali possono nei pagamenti tener luogo le une delle altre (3), or quando manchi la condizione dell'omogeneità dei crediti, potrà aver luogo la compensazione facoltativa? Se si consideri che la qualità di cosa fungibile della stessa specie non può mancare ad uno dei crediti senza mancare all'altro risulta in modo abbastanza chiaro che neppure la com-

(1) Duranton, op. cit. tom. XII, n. 418. — Desjardins, *Compensation* pag. 456 e 457.
(2) Cod. civ. art. 1290.
(3) Cod. civ. art. 1287.

pensazione facoltativa è ammissibile. È la stessa natura delle cose che vieta in tal caso la compensazione facoltativa: se i crediti non hanno per oggetto cose fungibili della stessa specie, ciò significa che hanno per oggetto una quantità di cose diversa l'una dall'altra; ora se si ammettesse la compensazione si costringerebbe una delle parti a ricevere una cosa diversa da quella che le è dovuta. In questo caso non può bastare la volontà di un solo dei due creditori per far operare la compensazione, ma si richiede il consenso di ambedue, in quanto rispetto ad ambedue può dirsi che, ove si ammettesse la compensazione, il creditore sarebbe costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta. Ma questo si noti bene non sarebbe un caso di compensazione facoltativa, ma piuttosto di compensazione *convenzionale* operantesi per reciproco accordo delle parti di cui tratteremo in appresso.

Vi ha però un caso speciale in cui la compensazione facoltativa è ammissibile, malgrado che i crediti non abbiano per oggetto cose fungibili della stessa specie. Ciò si verifica quando il debito di una delle parti ha per oggetto quantità di cose determinate, e il debito dell'altra parte ha per oggetto quantità di cose della stessa specie non determinate, come accadrebbe se un debitore avesse l'obbligo di somministrare una certa quantità di vino *in specie*, mentre l'altro avesse l'obbligo di somministrare una quantità di vino *in genere*. In tal caso il creditore del vino *in specie* può compensare, purchè la qualità del vino *in specie* non sia tanto inferiore a quella del vino *in genere* che l'altra parte abbia diritto di rifiutarla. Può quindi stabilirsi come regola che la compensazione facoltativa è ammessa anche nel caso di crediti aventi per oggetto cose non fungibili, quando il debito di una delle parti abbia per oggetto una cosa determinata *in specie*

che sia identica nella specie coll'oggetto del credito opposto e di una qualità non inferiore (1).

131. L'esigibilità di ambedue i crediti è un'altra delle condizioni essenziali della compensazione legale; così quest'ultima è inammissibile nel caso che si tratti del capitale di una rendita perpetua, perchè non potendosi più ripetere il capitale (2), esso è inesigibile. Peraltro siccome la rendita perpetua è redimibile a volontà del debitore, non ostante qualunque patto contrario (3), quando questi si determini al riscatto il capitale diviene esigibile e quindi compensabile. È questo un caso di compensazione facoltativa, per la quale però l'estinzione dei due crediti non si verifica dal momento in cui il debitore è divenuto creditore, ma bensì da quello in cui il debitore dichiarò di riscattarla per compensare col credito che ha verso l'altra parte (4).

Inoltre la compensazione facoltativa può invocarsi da colui che può invocare un'eccezione perentoria che vieta l'esercizio della compensazione; una sola eccezione deve farsi nel caso di un debito di giuoco non essendo dalla legge ammesso altro adempimento di tali obbligazioni che il pagamento effettivo. Parimente il creditore che può valersi di un'eccezione dilatoria diretta a sospendere l'efficacia della compensazione, come sarebbe il termine o la condizione, può, secondo la massima che *quisque potest iuri suo renuntiare*, rinunziarvi, ed opporre la compensazione, che in questo caso è facoltativa.

(1) Desjardins, *Compensation* pag. 459. — Duranton, tom. XIII n. 392.

(2) Cod. civ. art. 1778.

(3) Cod. civ. art. 1783.

(4) Laurent, *Principes* tom. XVIII n. 470. — Cass. franc. 26 ottobre 1814 (Dalloz, *Rép.* v. *obligations* n. 2781 n. 1).

132. Il medesimo deve dirsi quando mancasse la condizione di liquidità: la parte il cui credito è liquidato ed esigibile può rivocare la compensazione col credito illiquido, sia che l'illiquidità derivi dal dubbio sull'esistenza del credito, sia che risulti dall'incertezza nella determinazione dell'ammontare del credito. Non posso però ammettere che vi sia un caso di compensazione facoltativa nella specie decisa dalla Corte di appello di Brescia (1), secondo la quale il convenuto può opporre la compensazione facoltativa anche di crediti illiquidi, proponendo per liquidarli azione di riconvenzione nello stesso giudizio. La Corte di Brescia confonde in questo caso la compensazione facoltativa colla giudiziaria, la compensazione colla *riconvenzione*; imperocchè la compensazione facoltativa non può ammettersi nel caso di illiquidità se non da parte di quel debitore il cui credito è liquido; nella specie decisa dalla Corte di Brescia invece si è voluto ammettere la compensazione a favore di colui il cui credito non è liquido. Il che mostra apertamente che non si è compresa la vera natura della compensazione facoltativa.

133. Nei casi in cui la compensazione legale non è ammessa sia per la speciale natura dei crediti, sia per tutela degl'interessi dei terzi potrà ammettersi la compensazione legale? Bisogna tener bene distinte le due ipotesi accennate, cioè i casi in cui la compensazione è vietata per ragioni dedotte dalla natura speciale dei crediti e quelli in cui è vietata a tutela dei diritti dei terzi.

Nel primo caso è chiaro che la compensazione facoltativa è ammissibile, perchè dipende dalla volontà della parte a favore della quale la legge vieta la compensa-

(1) Sentenza 5 febbraio 1868 Bettinelli contro Marazzi (*Monitore dei Tribunali* di Milano. IX, 681).

zione; quindi sarebbe ammissibile la compensazione facoltativa nel caso di ingiusto spoglio, di alimenti dichiarati non sequestrabili, di deposito e di commodato quando chi ha sofferto lo spoglio, il creditore degli alimenti, il deponente invocassero la compensazione. Nel secondo caso invece, siccome non dipende dalla volontà delle parti d'invocare la compensazione, facendovi ostacolo i diritti acquistati dai terzi, è fuori di dubbio che la compensazione facoltativa è inammissibile come la compensazione legale. Quindi la compensazione facoltativa è inammissibile nel caso di fallimento, di separazione fra il patrimonio del defunto e quello dell'erede, di pegno e sequestro.

Però la compensazione facoltativa, come la legale, è ammissibile quantunque i crediti non siano eguali nell'ammontare. In questo io mi discosto dall'opinione di Larombière e di Desjardins i quali, nel caso che si tratti della compensazione mediante il credito di un terzo, vogliono che l'ammontare dei crediti sia perfettamente eguale; ma ciò dipende dall'inesatto principio che essi prendono a base, fondandosi sull'art. 1238 relativo al pagamento per intervento, che essi vorrebbero applicare a questo caso di compensazione. Ho già dimostrato come questo principio sia erroneo (1) in quanto parifica la compensazione al pagamento, e mena a conclusioni che stanno in aperta contradizione con la natura giuridica della compensazione facoltativa.

134. Ci resta ora da ricercare quali siano gli *effetti giuridici* che derivano dalla compensazione facoltativa. Questi sono gli stessi che risultano dalla compensazione legale. Solo deve osservarsi che la compensazione facoltativa non produce il suo effetto che dal momento in cui

(1) Vedi sopra n. 128.

cessò l'ostacolo che vietava la compensazione; imperocchè è la volontà della parte che nella compensazione facoltativa, a differenza della legale, opera la estinzione dei crediti ed è quindi solo dal momento in cui questa volontà è dichiarata che la compensazione può spiegare la sua giuridica efficacia (1). Errano quindi quelli che, come Duranton (2), vorrebbero far retroagire gli effetti della compensazione facoltativa al momento in cui la compensazione si sarebbe operata di pien diritto se niuna delle condizioni richieste avesse mancato, cioè in cui i due crediti cominciarono a coesistere. È manifesto pertanto che la compensazione non arresta il corso degli interessi e non interrompe la prescrizione che dal momento in cui è cessato per volontà di una delle parti l'ostacolo che impediva la reciproca estinzione dei crediti.

Del resto i terzi non hanno diritto ad invocare la compensazione facoltativa finchè essa non sia stata opposta da quella delle parti che ne ha il diritto; epperciò il fidejussore non potrebbe opporre la compensazione facoltativa di ciò che il creditore deve al debitore principale, finchè quest'ultimo non l'abbia invocata, perchè in questo caso non è per virtù di legge che si opera la estinzione dei crediti, ma per volontà della parte la quale deve essere manifestata. Quando però la compensazione facoltativa sia stata invocata possono valersene tutti gli aventi interesse e così i fidejussori, i condebitori solidali per la parte in cui è ammessa a loro favore ed il debitor principale. E ciò perchè la compensazione facoltativa invocata che sia

(1) Larombière, *Obligations* tom. II pag. 382 sull'art. 1293 n. 16. — Desjardins, *Compensation* pag. 463 e 464. — Toullier, *Droit civil* VII n. 385. — Aubry e Rau tom. IV § 328.

(2) Op. cit. tom. XII n. 427.

da chi ne ha il diritto produce tutti gli effetti della compensazione legale.

135. Prima di por termine a questa materia della compensazione facoltativa, ad evitare la confusione che potrebbe sorgere, vogliamo dir qualche cosa di un'altra specie di compensazione, che sebbene diversa da quella, ha pure con essa una certa analogia, cioè la compensazione, che si dice *convenzionale*.

Dicesi *convenzionale* o *contrattuale* la compensazione quando, mancando per ambedue le parti il diritto di compensare, esse la stipulano per mutuo consenso. La profonda diversità che corre fra compensazione convenzionale e compensazione facoltativa salta agli occhi di chiunque; mentre questa si verifica per volontà di una delle parti, la quale, facendo cessare l'ostacolo che si opponeva alla compensazione, ha diritto di costringervi l'altra parte; quella invece risulta dal reciproco e spontaneo accordo delle parti. Erra quindi il Pardessus quando scambiando la compensazione contrattuale colla facoltativa dice che quest'ultima consiste: « in quella mercantile contrattazione, che in talune piazze va conosciuta sotto il nome di *giro* o *riscontro* » (1).

La compensazione convenzionale può anzitutto stipularsi dalle parti allo scopo di riservarsi per il futuro il diritto alla compensazione. In tal modo le parti si assicurano il diritto di compensare in quei casi in cui la compensazione non potrebbe verificarsi secondo i principii stabiliti dalla legge. Questa specie di compensazione, essendo l'effetto di un contratto, presenta il grande vantaggio che il diritto di compensare trapassa anche nei successori a titolo singolare dei contraenti, così può valersene a ca-

(1) *Cours de droit Commercial* Tom. I n. 236.

gion d'esempio anche il cessionario (1). Inoltre i terzi non possono acquistare sul credito che dei diritti subordinati alla convenzione che fa legge fra le parti, così nel caso di sequestro se le parti avessero convenuto che i loro debit' rispettivi si dovessero compensare, il debitore presso il quale fu fatto il sequestro del credito, avrebbe il diritto di valersi del precedente contratto di compensazione contro il sequestrante, e di opporre la compensazione malgrado il sequestro (2). Si comprende però di leggieri che questa convenzione non potrebbe spiegare alcuna efficacia giuridica rispetto ai terzi che avessero dei diritti acquisiti prima della convenzione.

Inoltre la compensazione contrattuale può stipularsi dalle parti *in praeteritum* (3); in tal caso essa ha per effetto di estinguere i crediti che si contrappongono reciprocamente e che non riuniscono le condizioni richieste di compensabilità secondo la legge. Ciò accadrebbe per esempio nel caso che un creditore si contentasse che il suo debitore porti in compensazione un credito che ha verso un terzo senza ottenere da quest'ultimo il consenso (4).

La compensazione contrattuale ha poi per effetto di servire come mezzo di reciproco riconoscimento dei crediti per ambedue le parti stipulanti, supposto però che ambedue i crediti avessero un fondamento giuridico, altrimenti quella delle parti il cui credito è inesistente non potrebbe pretendere che si consideri come riconosciuto il suo credito in virtù di questo contratto.

(1) Dernburg, *Compensation* § 71 pag. 591.

(2) Larombière. *Obligations* tom. II pag. 395 sull'art. 1298 n. 2.

(3) L. 47 § 1. D. *De pactis*; l. 51 § 1 D. *eodem*; l. 4 D. *Qui potior*, L. 1. Cod. *De act. emti.*

(4) Dernburg, Op. cit. § 71 pag. 593. — Desiardins, op. cit. pag. 466.

Una importante applicazione della compensazione contrattuale si incontra in commercio nell'instituto del *riscontro* o *giro*, che si verifica quando un debitore, che non ha diritto di invocare la compensazione contro il suo creditore, trova fra i suoi debitori una persona creditrice del suo creditore; in questo caso essi si accordano spontaneamente e reciprocamente per estinguere i debiti reciproci mediante un pagamento fittizio (1). Che anzi un'applicazione assai più importante della compensazione contrattuale si trova in quel maraviglioso istituto vigente in Inghilterra che prende il nome di *Clearing-house* per il movimento bancario e *Railvvay-clearing-house* per le ferrovie (2).

---

(1) PARDESSUS, *Cours de droit commercial* tom. I n. 236.

(2) Sul meccanismo di questa istituzione si può utilmente consultare il DESJARDINS (Op. cit. pag. 467 e segg.) che ne fa un'ampia ed accurata esposizione.

CAPO III.

DELLA COMPENSAZIONE GIUDIZIARIA

SOMMARIO.

136. Che cosa deve intendersi per compensazione *giudiziaria* — Come essa si distingue dalle altre specie di compensazione — E sopratutto dalla compensazione facoltativa.

137. Si esamina la natura della *riconvenzione* — Quale sia il suo scopo — Come non debba confondersi colla compensazione — La riconvenzione è il genere; la compensazione è la specie.

138. Casi in cui la compensazione non può considerarsi come una riconvenzione.

139. Condizioni necessarie perchè si verifichi la compensazione giudiziaria — Il credito domandato per via di riconvenzione deve essere esigibile; sebbene illiquido. — Ragioni per cui tale condizione è necessaria.

140. Il credito illiquido deve essere di pronta e facile liquidazione. —

141. Si esaminano gli inconvenienti che potrebbero sorgere in caso contrario — Che cosa s'intende per liquidazione pronta e facile.

142. Degli effetti della compensazione giudiziaria. — Se essa abbia effetto retroattivo al giorno della domanda — Si confuta l'opinione di Larombière — Risoluzione della questione.

136. La compensazione *giudiziaria* ha luogo quando il convenuto al pagamento di un debito certo, liquido ed esigibile oppone un credito incerto od illiquido (1). Questo concetto ci mostra chiaramente quanto la compensazione giudiziaria sia diversa dalla compensazione facoltativa e

(1) Così la Corte di cassazione di Torino 6 settembre 1867 Gottardo contro Finanze (*Legge*, VII, 1, 1159) V. anche C. C. di Napoli 16 gennaio 1873, Amati contro Ruocco (*Gazzetta del Procuratore* VIII, 101).

dalla legale. Mentre quest'ultima si opera per sola virtù di legge, indipendentemente dal fatto dell'uomo, *ipso iure*, mentre la compensazione facoltativa dipende dalla volontà di una delle parti; la compensazione giudiziaria invece dipende dalla sentenza del magistrato. Vero è che anche nelle altre due specie di compensazione il magistrato può esser chiamato a decidere se la compensazione siasi o no operata; ma in tal caso il giudice non fa che riconoscere i fatti e constatarli; esso dichiarerà che i crediti si trovavano di fronte compensabili, in caso di compensazione legale, o che la compensazione deve essersi verificata nel momento in cui la parte interessata, che aveva diritto di opporsi alla compensazione, vi ha acconsentito, quando si tratti di compensazione facoltativa. Ma ben diversa è la cosa quando si tratta di compensazione giudiziaria; qui è proprio il potere del magistrato che dà luogo alla compensazione: imperocchè il giudice può ammettere o rifiutare la domanda, dipendendo dal suo criterio il decidere se il credito illiquido, che si oppone in compensazione, sia di facile e di pronta liquidazione. La quale diversità si mostra in modo ben più evidente negli effetti che derivano dalle diverse specie di compensazione. Per vero mentre la compensazione legale si opera e produce il suo effetto fin dal momento in cui i crediti s'incontrano forniti di tutte le condizioni dalla legge richieste; mentre la compensazione facoltativa ha effetto dal momento in cui la parte interessata ha rinunziato al proprio diritto ed ha dichiarato di acconsentire alla compensazione; la compensazione giudiziaria non ha effetto che dal momento in cui la sentenza è pronunziata. Epperò mentre rispetto alle due prime specie di compensazione questa produce il suo effetto anche prima che sia dichiarata dal magistrato, la compensazione giudiziaria invece non può avere effetto retroattivo,

operandosi soltanto in virtù della sentenza profferita dal magistrato.

137. Spesso si è confusa la compensazione colla *riconvenzione* considerandosi quest'ultima come una delle tre specie di compensazione. Marcadè per esempio ha ritenuto che la domanda di compensazione fatta in giudizio da un convenuto, per respingere o attenuare le conclusioni dell'attore, si chiama *riconvenzione* (1). A questo proposito conviene osservare che la *riconvenzione*, nel suo più generale significato, è una domanda che il convenuto propone a sua volta contro l'attore, in virtù della quale ciascuno dei contendenti diviene nello stesso tempo attore e convenuto. Essa può dipendere talvolta dal titolo dedotto in giudizio dall'attore; come accadrebbe se il compratore convenisse in giudizio il venditore per la consegna della cosa, ed il venditore, nello stesso giudizio, riconvenisse il compratore pel pagamento del prezzo. Talvolta poi la riconvenzione può dipendere da un titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione (2). Lo scopo a cui tende la riconvenzione è di dimostrare contro l'attore la legittimità delle pretese che il convenuto solleva contro di lui; essa è un mezzo di difesa allegato contro la causa principale, per neutralizzare o modificare l'effetto dell'azione (3); epperò la sentenza che giudica sulle medesime può condurre ad una compensazione di cui per lo innanzi mancavano i requisiti. Ciò mostra che non ogni

(1) *Expl. du code Napoleon* n. 852. V. nello stesso senso Aubry e Rau tom. IV § 326 nota 4.

(2) Consulta Saredo, *Istituzioni di procedura civile* vol. I n. 193 p. 269 in cui è esposta con quella chiarezza e coll'eleganza tutta propria dell'illustre giureconsulto la questione se la riconvenzione e la compensazione possano dirsi eccezioni. (Op. cit. n. 195).

(3) Donello, *Comm. jur civ.* Lib. XVII cap. 18, n. 70.

domanda di riconvenzione può essere una domanda di compensazione: che invece ogni compensazione giudiziaria è una domanda riconvenzionale e per conseguenza che la domanda di compensazione giudiziaria è la *specie*, che appartiene al *genere* riconvenzione (1). Il campo quindi della riconvenzione è molto più esteso di quello della compensazione.

138. La riconvenzione che mira ad ottenere la compensazione, come abbiamo già osservato, non è altro che una domanda incidentale con cui il convenuto conclude che il magistrato investito della cognizione della domanda principale riconosca o liquidi un credito che egli pretende di avere contro l'attore, affine di poterlo compensare con quello di cui quest'ultimo domanda il pagamento. Però bisogna ben guardarsi dal confondere questa domanda di riconvenzione con l'eccezione di cui si vale il convenuto fondandosi sulla compensazione legale già operatasi di pien diritto. Quando il convenuto oppone alla domanda dell'attore che il suo credito si è estinto in virtù della compensazione legale, egli eccepisce la compensazione allo stesso modo come eccepirebbe il pagamento, la prescrizione e qualsivoglia altro modo pel quale le obbligazioni si estinguono; vi ha una semplice eccezione e non una domanda riconvenzionale; di guisa che quand'anche l'attore impugnasse il diritto del convenuto, il giudice non dovrebbe far altro che constatare se la compensazione si è operata o no *ipso iure*. Ma vi sono dei casi in cui la riconvenzione non si oppone allo scopo di compensare, bensì nell'intento di far condannare a sua volta l'attore. Ciò accade quando il convenuto sia creditore di maggior somma; in questo caso mentre egli oppone la compensazione le-

(1) Ricci, *Comm. al cod. di proc. civ.* vol. I n. 177 p. 161.

gale, domanda inoltre per via di riconvenzione che l'attore sia condannato al pagamento della somma rimanente dopo la compensazione (1). Parimente non può considerarsi come un caso di compensazione giudiziaria quello in cui il convenuto durante il corso del giudizio dichiara di rinunziare al beneficio dell'eccezione per cui la legge non ammette la compensazione legale; per esempio se il convenuto citato per il pagamento di un suo debito dichiarasse, durante il giudizio, di volerlo compensare con un credito che ha verso l'attore a titolo di deposito. In questo caso vi ha una vera compensazione facoltativa la quale si opera per volontà del convenuto.

In questa ipotesi però il convenuto sarebbe obbligato a pagare le spese incontrate pel giudizio fino al momento di questa sua dichiarazione; perchè la domanda dell'attore era giustificata non potendosi nella specie proposta operare la compensazione a termini di legge.

139. La compensazione giudiziale ha luogo veramente, come già si notò, in tutti quei casi in cui un debitore citato pel pagamento di un credito liquido ed esigibile, afferma per via di riconvenzione che anche l'attore è debitore a sua volta di un credito non peranco liquido, e domanda al magistrato investito della cognizione della causa principale di liquidarlo perchè possa operarsi la compensazione. In questo modo, come si vede, il convenuto diventa attore a sua volta. Conviene però osservare che affinchè questa compensazione possa operarsi per via di riconvenzione è necessario che il credito, sebbene illiquido, sia però esigibile; perocchè se il credito domandato per via di riconvenzione non fosse esigibile, la do-

(1) Larombière, *Obligations* tom. II pag. 383 e 384 sull'articolo 1293 n. 19.

manda riconvenzionale dovrebbe necessariamente essere respinta. Nell'ipotesi infatti si tratterebbe o di un credito a termine o sotto condizione sospensiva il cui pagamento non può domandarsi che dopo la scadenza del termine o il verificarsi della condizione sospensiva; ammettere quindi la domanda di riconvenzione sarebbe lo stesso che privare l'attore del beneficio del termine, ovvero dichiararlo debitore effettivamente quando la condizione da cui l'esistenza del debito dipende non si è peranco verificata. Il magistrato in questo caso dovrebbe restringere la sua pronunzia alla sola domanda principale e rinviare il convenuto a far valere i suoi diritti in giudizio separato quando il termine sia scaduto o la condizione si sia verificata.

140. Ma non basta che il credito illiquido domandato per via di riconvenzione sia esigibile; è necessario inoltre che esso sia di facile e pronta liquidazione (1). Se così non fosse la riconvenzione riuscirebbe ad uno scopo contrario a quello per cui fu introdotta. Ammessa per rendere più spedite e più limitate le liti, varrebbe invece a prolungarle ed a servire di comodo pretesto e di legale addentellato ai cavilli ed alla mala fede; essa servirebbe come arma per ritardare il pagamento dei crediti più certi ed incontestati. Imperocchè l'effetto di questa riconvenzione essendo quello di indugiare la pronunzia della sentenza per render liquido il credito, ciascun vede quanti abusi da questo effetto potrebbero sorgere, ove il magistrato col suo prudente criterio non si studiasse di prevenirli. Se è ingiusto che si paghi all'attore ciò che domanda *prius quam petitioni mutuae responsum fuerit* (2), Sarebbe in-

(1) C. A. di Torino 2 maggio 1874 Meineri (*Giurisprudenza* di Torino XI, 468), C. A. di Palermo 21 marzo 1873, Villanera contro Granatelli (*Circolo Giuridico* IV, 133).

(2) L. 1 Cod. *Rer. amot.*: L. 6 Cod. *De compensat.*

giusto del pari che la riconvenzione dovesse servire come un pretesto per ritardare il pagamento di crediti liquidi ed esigibili.

141. Ma che cosa si ha da intendere per credito suscettibile di *pronta e facile liquidazione*? Una risposta assoluta a questa domanda non può darsi. È riservato al prudente criterio del magistrato il decidere secondo le circostanze quando la liquidazione sia di tale natura. Gli scrittori tuttavia si sono studiati di accennare alcuni principii generali la cui osservanza può render più agevole il compito del magistrato nell'esercizio del suo potere discrezionale. Così Larombière (1) considera come norma per riconoscere se un credito sia di facile liquidazione quando la domanda riconvenzionale appartenga alla categoria delle sommarie; però egli stesso riconosce che talvolta anche una domanda sommaria può portar seco questioni incidenti che valgano a complicare il procedimento e a rendere lunga ed intricata la discussione della causa. Per converso le domande che debbono trattarsi in via formale in generale hanno per oggetto crediti di difficile liquidazione; ma anche in questo caso possono esservi cause che procedono rapidamente e speditamente. Non posso però convenire col Larombière che anche quando la domanda riconvenzionale esigesse l'allegazione di mezzi istruttorii come perizie, verificazioni di scritture e simili, non per questo il giudice non dovrebbe attendere l'esito di questi incombenti e ritardare la pronunzia della sentenza. Non mi persuade la ragione che egli adduce per giustificare la sua decisione che cioè questi incidenti possono essere di tal natura e presentarsi in circostanze tali che la spedizione della causa, per quanto venga ritardata, non

(1) Op. cit. pag. 385 n. 22.

per questo sia resa più difficile. Contro questi motivi sta il fatto che questi incombenti rendono sempre complicato il procedimento e che ammettere un tal principio ripugnerebbe alla regola che la compensazione giudiziaria non può ammettersi che rispetto a crediti di facile non solo, ma anche di *pronta* liquidazione. Epperò saviamente ha deciso la nostra giurisprudenza sentenziando in modo uniforme che proposta in giudizio la domanda di un credito liquido ed esigibile, se venga opposta dal convenuto la compensazione con un credito da liquidare, il magistrato non può sospendere la decisione della causa principale per attendere i risultamenti dell'istruzione necessaria a stabilire ed a determinare la riconvenzionale, e ciò tanto più quando allo stato degli atti non si abbiano elementi per preconizzare con qualche verosimiglianza un esito favorevole ai mezzi istruttorii invocati (1).

142. Vengo ora ad esaminare gli effetti che derivano dalla compensazione giudiziaria. Quando il magistrato abbia sentenziato tanto sull'azione quanto sulla riconvenzione, la compensazione si opera di pien diritto fino a concorrenza delle quantità rispettive; l'effetto quindi della compensazione giudiziaria è identico a quello delle altre due specie di compensazione. Questo solo si deve avvertire in ordine agli effetti della compensazione giudiziaria che cioè essi, a differenza della compensazione legale e facoltativa, non possono risalire al giorno della domanda, ma hanno

(1) C. C. Torino 3 marzo 1875 Castagnari contro Piatti (*Annali della Giur. ital.* IX, I, 142); C. C. di Napoli 5 Maggio 1874 Ruggiero contro Demanio (*Legge*, XIV, 1, 968) e 13 decembre 1870 Cordopatro contro Giffone (*Gazzetta dei trib.* di Genova XXIII, 1, 71). C. A di Brescia 28 ottobre 1868 Lazzaroni contro Amm. del L. p. in Rivolta d'Adda (*Legge*, IX, 2, 135); C. A. di Catanzaro 28 aprile 1871, Giunti contro Falco (*Bettini*, XXIII, 2, 302).

luogo dal momento in cui la sentenza è pronunziata. Nè potrebbe obbiettarsi in contrario che è caratteristica propria di ogni sentenza di avere effetto retroattivo fino al giorno della domanda e per conseguenza debba avere lo stesso effetto la sentenza che ammette la compensazione (1). Imperocchè le sentenze hanno effetto retroattivo ogni volta che esse si limitano a dichiarare i diritti delle parti, ma non quando esse danno vita ad un diritto che le parti non avevano; or siccome la compensazione giudiziaria non è un diritto delle parti, essendo riservato al potere discrezionale del magistrato l'ammetterla o il negarla; è chiaro che questa specie di compensazione non può produrre il suo effetto che dal momento in cui la sentenza è pronunziata. Quindi il corso degli interessi non potrebbe arrestarsi prima della sentenza, nè potrebbero aver luogo prima di questo momento tutte le altre conseguenze che derivano naturalmente dalla compensazione.

FINE.

(1) In questo senso Larombière, *Obligations* tom. II pag. 387 sull'art. 1293 n. 26.